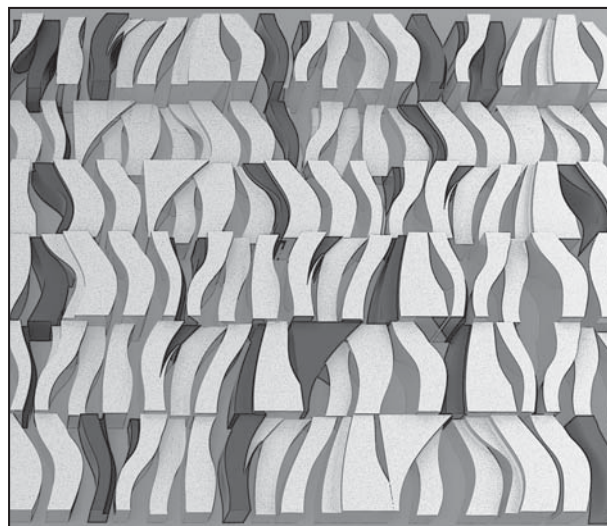


REVISTA DE SÚMULAS

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA



PUBLICAÇÃO OFICIAL

REVISTA DE SÚMULAS

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

VOLUME 49, ANO 12
DEZEMBRO 2022

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Diretor

Ministro Raul Araújo

Chefe de Gabinete

Marilisa Gomes do Amaral

Servidores

Gerson Prado da Silva

Hekelson Bitencourt Viana da Costa

Maria Angélica Neves Sant'Ana

Rosa Christina Penido Alves Sturm

Técnica em Secretariado

Ruthe Wanessa Cardoso de Souza

Mensageiro

Francisco Rondinely Ferreira da Cruz

Superior Tribunal de Justiça

www.stj.jus.br, revista@stj.jus.br

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Setor de Administração Federal Sul, Quadra 6, Lote 1,

Bloco C, 2º Andar, Sala C-240, Brasília-DF, 70095-900

Telefone (61) 3319-8055

Revista de Súmulas do Superior Tribunal de Justiça - V. 1 (nov. 2005) -. Brasília: STJ, 2005 -.

Periodicidade: Irregular.

Repositório Oficial de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Nome do editor varia: Superior Tribunal de Justiça / Editora Brasília Jurídica, 2005 a 2006, Superior Tribunal de Justiça, 2009 -.

Disponível também em versão eletrônica <https://ww2.stj.jus.br/web/revista/eletronica/publicacao/?aplicacao=revista.sumulas>

ISSN 2179-782X

1. Direito, Brasil. 2. Jurisprudência, periódico, Brasil. I. Brasil, Superior Tribunal de Justiça (STJ). II. Título.

CDU 340.142(81)(05)

REVISTA
DE SÚMULAS

MINISTRO RAUL ARAÚJO
Diretor

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Plenário

Ministra **Maria Thereza Rocha de Assis Moura** (*Presidente*)

Ministro Geraldo **Og Nicéas Marques Fernandes** (*Vice-Presidente e Corregedor-Geral do CJF*)

Ministro **Francisco Cândido de Melo Falcão** Neto

Ministra Fátima **Nancy Andrighi**

Ministra **Laurita Hilário Vaz**

Ministro **João Otávio de Noronha**

Ministro **Humberto Eustáquio Soares Martins**

Ministro Antonio **Herman** de Vasconcellos e **Benjamin**

Ministro **Jorge Mussi**

Ministro **Luis Felipe Salomão** (*Corregedor Nacional de Justiça*)

Ministro **Mauro Luiz Campbell Marques** (*Diretor-Geral da ENFAM*)

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Raul Araújo** Filho (*Diretor da Revista*)

Ministro **Paulo de Tarso** Vieira **Sanseverino**

Ministra Maria **Isabel** Diniz **Gallotti** Rodrigues

Ministro **Antonio Carlos** Ferreira

Ministro Ricardo **Villas Bôas** Cueva

Ministro **Sebastião** Alves dos **Reis Júnior**

Ministro **Marco Aurélio** Gastaldi **Buzzi**

Ministro **Marco Aurélio** Bellizze Oliveira

Ministra **Assusete** Dumont Reis **Magalhães**

Ministro **Sérgio** Luíz **Kukina**

Ministro Paulo Dias de **Moura** Ribeiro

Ministra **Regina Helena** Costa (*Ouvidora*)

Ministro **Rogério Schietti** Machado **Cruz**

Ministro Luiz Alberto **Gurgel de Faria**

Ministro **Reynaldo** Soares da **Fonseca**

Ministro Marcelo Navarro **Ribeiro** Dantas

Ministro **Antonio Saldanha** Palheiro

Ministro **Joel Ilan** Paciornik

Resolução n. 19/1995-STJ, art. 3º.

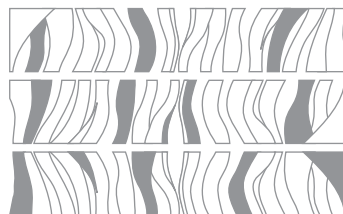
RISTJ, arts. 21, III e VI; 22, § 1º, e 23.



SUMÁRIO

Súmulas

642.....	11
643.....	21
644.....	55
645.....	65
646.....	79
647.....	89
648.....	103
649.....	111
650.....	133
651.....	189
652.....	233
653.....	275
654.....	293
655.....	309
656.....	331



Súmula n. 642

SÚMULA N. 642

O direito à indenização por danos morais transmite-se com o falecimento do titular, possuindo os herdeiros da vítima legitimidade ativa para ajuizar ou prosseguir a ação indenizatória.

Referências:

CPC/1973, art. 12, V (revogado).

CC/1916, arts. 76 e 1.526 (revogados).

CC/2002, arts. 12, 943, I, 948, 1.829 e 1.839.

Precedentes:

**AgRg nos EREsp 978.651-SP (CE, 15.12.2010 – DJe 10.02.2011)
acórdão publicado na íntegra**

REsp 1.242.729-SP (1ª T, 07.06.2011 – DJe 10.06.2011)

AgRg no AREsp 195.026-SP (1ª T, 27.11.2012 – DJe 03.12.2012)

REsp 343.654-SP (3ª T, 06.05.2002 – DJ 1º.07.2002)

REsp 1.040.529-PR (3ª T, 02.06.2011 – DJe 08.06.2011)

REsp 1.071.158-RJ (3ª T, 25.10.2011 – DJe 07.11.2011)

AgRg no REsp 1.245.248-SC (3ª T, 17.04.2012 – DJe 25.04.2012)

AgRg nos EDcl
no REsp 1.126.313-PR (3ª T, 28.08.2012 – DJe 17.09.2012)

AgRg no AREsp 326.485-SP (3ª T, 25.06.2013 – DJe 1º.08.2013)

REsp 705.870-MA (4ª T, 21.08.2012 – DJe 23.04.2013)

REsp 1.143.968-MG (4ª T, 26.02.2013 – DJe 1º.07.2013)

AgInt no AgInt nos
EDcl no AREsp 1.112.079-PR (4ª T, 21.08.2018 – DJe 24.08.2018)

Corte Especial, em 2.12.2020

DJe 9.12.2020

**AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM
RECURSO ESPECIAL N. 978.651-SP (2009/0076052-1)**

Relator: Ministro Felix Fischer
Agravante: Estado de São Paulo
Procurador: Miguel Francisco Urbano Nagib e outro(s)
Agravado: Antonio Ferreira da Silva e outro
Advogado: Sérgio Dorival Gallano

EMENTA

Agravo regimental nos embargos de divergência em recurso especial. Dano moral. Falecimento do titular. Ajuizamento de ação indenizatória. Transmissibilidade do direito. Entendimento jurisprudencial consolidado. Súmula n. 168/STJ.

A posição atual e dominante que vigora nesta c. Corte é no sentido de embora a violação moral atinja apenas o plexo de direitos subjetivos da vítima, o direito à respectiva indenização transmite-se com o falecimento do titular do direito, possuindo o espólio ou os herdeiros legitimidade ativa *ad causam* para ajuizar ação indenizatória por danos morais, em virtude da ofensa moral suportada pelo *de cuius*. Incidência da Súmula n. 168/STJ.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Nancy Andrichi, Laurita Vaz, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Luis Felipe Salomão e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon e o Sr. Ministro Francisco Falcão e, ocasionalmente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Convocados os Srs. Ministros Massami Uyeda e Luis Felipe Salomão para compor quórum.

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Presidente

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 10.2.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de agravo regimental interposto pelo *Estado de São Paulo* contra a decisão de fls. 404/410, que negou seguimento aos embargos de divergência e se encontra assim fundamentada:

“Apesar de inicialmente admitido, determinei que o recurso fosse retirado de pauta, porque, num exame mais aprofundado da questão, verifiquei que a e. Terceira Turma, órgão colegiado prolator do v. acórdão paradigma, modificou o seu entendimento, para se alinhar à corrente jurisprudencial majoritária, no sentido de que é possível a transmissão do direito de ajuizar ação indenizatória oriunda de dano moral, em razão de seu caráter patrimonial.

A propósito, transcrevo a ementa do referido julgado:

(...)

Nessa oportunidade, o em. Ministro Menezes Direito, Relator, foi acompanhado pela em. Ministra Nancy Andrigli, relatora do v. acórdão colacionado aqui como paradigma (REsp n. 302.029/RJ, DJ de 1º/10/2001), citado expressamente no corpo do seu r. voto, circunstância que demarcou a alteração de entendimento no âmbito daquele colegiado.

Assim, sobrepujou uníssona a corrente de entendimento segundo a qual a violação só atinge o plexo de direitos subjetivos da vítima, porém o direito à indenização daí decorrente seria marcado pela transmissibilidade.

Ilustrativamente, colaciono, ainda, recentes pronunciamentos:

(...)

Nesse contexto, superado pela evolução jurisprudencial o entendimento apontado como divergente, é de se aplicar o enunciado n. 168 da Súmula desta c. Corte, segundo o qual: ‘Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado’.

Ante o exposto, com fulcro no artigo 557, caput, do Código de Processo Civil, nego seguimento aos embargos de divergência.

P. e I.”

Em suas razões, sustenta que “*a matéria discutida no precedente a que se refere a r. decisão agravada – o REsp 343.654-SP – não se identifica com a de que se cuida nestes autos*” (fl. 415).

Aduz que o voto condutor do v. acórdão embargado afirma a “*tese da transmissibilidade aos herdeiros do direito à reparação. Porém, no contexto daquela decisão, essa afirmação há de ser tida como simples **obiter dictum**, visto que inteiramente desnecessária ao provimento do recurso especial*” (fl. 415).

Por manter a decisão agravada, submeto o feito à e. *Corte Especial*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: A irresignação não prospera.

Conforme consignado na decisão agravada, verifica-se que a e. *Terceira Turma*, órgão colegiado prolator do v. acórdão paradigma, modificou seu entendimento para se alinhar à corrente jurisprudencial dominante nesta c. Corte Superior, no sentido de que embora a violação moral atinja apenas o plexo de direitos subjetivos da vítima, o direito à respectiva indenização transmite-se com o falecimento do titular do direito, possuindo o espólio ou os herdeiros legitimidade ativa *ad causam* para ajuizar ação indenizatória por danos morais, em virtude da ofensa moral suportada pelo *de cujus*.

De fato, posteriormente ao julgamento do v. acórdão paradigma, a e. *Terceira Turma* apreciou o REsp 343.654/SP e modificou seu entendimento para acompanhar a jurisprudência majoritária desta c. Corte Superior. A ementa desse v. acórdão ficou assim redigida:

“Responsabilidade civil. Ação de indenização em decorrência de acidente sofrido pelo de cujus. Legitimidade ativa do espólio.

1. Dotado o espólio de capacidade processual (art. 12, V, do Código de Processo Civil), tem legitimidade ativa para postular em Juízo a reparação de dano sofrido pelo de cujus, direito que se transmite com a herança (art. 1.526 do Código Civil).

2. *Recurso especial conhecido e provido.*”

(REsp 343.654/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 1º/7/2002).

Cito, ainda, o seguinte trecho constante do voto condutor do citado julgado, *verbis*:

“Quando julgada nesta Corte a questão da legitimidade dos herdeiros para a ação de indenização por danos morais, acompanhei o voto da ilustre Relatora, a Senhora Ministra Nancy Andrigbi (REsp n. 302.029-RJ, DJ de 01/10/01), diante das circunstâncias postas, reservando-me para examinar a tese, em outra oportunidade.

(...)

*O que se deve decidir é a capacidade do espólio de ingressar em Juízo para pedir indenização em decorrência de acidente sofrido pelo **de cujus**.”*

Ainda no sentido da transmissibilidade do direito para ajuizar ação de indenização por danos morais, cito os seguintes precedentes, que somados ao julgado acima, refletem o posicionamento de todas as ee. *Turmas* que compõem as ee. *Seções* envolvidas nos presentes autos de embargos de divergência acerca da possibilidade dos herdeiros/espólio ajuizar ação de indenização por danos morais decorrente de ofensa sofrida pelo *de cujus*:

“PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. HERDEIROS. LEGITIMIDADE.

1. Os pais estão legitimados, por terem interesse jurídico, para acionarem o Estado na busca de indenização por danos morais, sofridos por seu filho, em razão de atos administrativos praticados por agentes públicos que deram publicidade ao fato de a vítima ser portadora do vírus HIV.

2. Os autores, no caso, são herdeiros da vítima, pelo que exigem indenização pela dor (dano moral) sofrida, em vida, pelo filho já falecido, em virtude de publicação de edital, pelos agentes do Estado réu, referente à sua condição de portador do vírus HIV.

3. O direito que, na situação analisada, poderia ser reconhecido ao falecido, transmite-se, indubitavelmente, aos seus pais.

4. A regra, em nossa ordem jurídica, impõe a transmissibilidade dos direitos não personalíssimos, salvo expressão legal.

5. O direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima (RSTJ, vol. 71/183).

6. A perda de pessoa querida pode provocar duas espécies de dano: o material e o moral.

7. ‘O herdeiro não sucede no sofrimento da vítima. Não seria razoável admitir-se que o sofrimento do ofendido se prolongasse ou se entendesse (deve ser estendido) ao herdeiro e este, fazendo sua a dor do morto, demandasse o responsável, a fim de ser indenizado da dor alheia. Mas é irrecusável que o herdeiro sucede no direito de ação que o morto, quando ainda vivo, tinha contra o autor do dano. Se o sofrimento

é algo entranhadamente pessoal, o direito de ação de indenização do dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores' (Leon Mazeaud, em magistério publicado no Recueil Critique Dalloz, 1943, pg. 46, citado por Mário Moacyr Porto, conforme referido no acórdão recorrido).

8. Recurso improvido."

(REsp 324.886/PR, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 3/9/2001).

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL SOFRIDO POR PESSOA QUE VEM A FALECEER ANTES DE INICIADA A AÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA DA ESPOSA E DA FILHA. DIREITO À INDENIZAÇÃO DE NATUREZA PATRIMONIAL. TRANSMISSIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO POR NÃO-CONFIGURAÇÃO DE AUTORIA. CONCLUSÕES DA ORIGEM. RECURSO QUE SUSTENTA QUE A ABSOLVIÇÃO SE DEU EM RAZÃO DE FALTA DE PROVAS. VIOLAÇÃO AO ART. 126 DA LEI N. 8.112/90. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DESTA CORTE SUPERIOR. DANOS MORAIS. VALOR FIXADO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. QUANTIA NÃO MANIFESTAMENTE DESPROPORCIONAL.

1. Em primeiro lugar, é pacífico no âmbito da Primeira Seção o entendimento segundo o qual o direito de pleitear indenização por danos morais tem, em si, caráter patrimonial, sendo, portanto, transmissível à esposa e à filha do de cujus ofendido. Precedentes.

2. Em segundo lugar, para acolher os argumentos da União no sentido de que a absolvição foi feita por ausência de provas, haver-se-ia de contrariar, com revolvimento de matéria fático-probatória, a análise da origem - segundo a qual a absolvição se deu em razão da não-configuração de autoria de crime -, o que esbarra no óbice da Súmula n. 7 desta Corte Superior.

3. Em terceiro e último lugar, é pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que a quantia estipulada a título de danos morais, quando atende aos critérios de justiça e razoabilidade, não pode ser revista, em razão do óbice da Súmula n. 7 desta Corte Superior. Precedentes.

4. A quantia fixada nos autos (R\$120.000,00) não é manifestamente desarrazoada ou desproporcional, atendendo aos critérios de justiça (indenização pleiteada por herdeiros em razão de demissão fundada em conduta criminosa que, ao fim, revelou-se não ter sido da autoria do de cujus).

5. Agravo regimental não provido."

(AgRg no Ag 1.122.498/AM, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 23/10/2009).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. LEGITIMIDADE ATIVA DO ESPÓLIO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O espólio tem legitimidade ativa para pleitear reparação de eventuais danos morais sofridos pelo de cujus. Em realidade, à luz de reiteradas lições doutrinárias, o

que se transmite, por direito hereditário, é o direito de se acionar o responsável, é a faculdade de perseguir em juízo o autor do dano, quer material ou moral. Tal direito é de natureza patrimonial e não extrapatrimonial (CAHALI, Yussef Said. Dano Moral, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição, pp. 699/700).

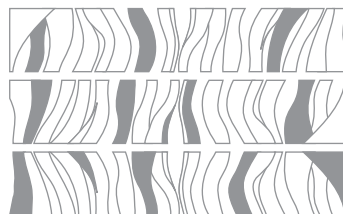
2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1.072.296/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 23/3/2009).

Assim, uma vez superado o entendimento expressado no v. acórdão paradigma, não há mais falar em divergência jurisprudencial, o que atrai a incidência da Súmula n. 168/STJ.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.



Súmula n. 643

SÚMULA N. 643

A execução da pena restritiva de direitos depende do trânsito em julgado da condenação.

Referências:

CF/1988, art. 5º, LVII.

CPP, art. 669.

LEP, art. 147.

Precedentes:

**EREsp 1.619.087-SC (3ª S, 14.06.2017 – DJe 24.08.2017)
acórdão publicado na íntegra**

AgRg na PetExe nos EAREsp	828.271-SC	(3ª S, 11.10.2017 – DJe 13.11.2017)
AgRg nos EREsp	1.699.768-SP	(3ª S, 13.03.2019 – DJe 20.03.2019)
HC	51.439-RS	(5ª T, 06.06.2006 – DJ 28.08.2006)
REsp	898.281-RS	(5ª T, 27.02.2007 – DJ 30.04.2007)
HC	101.457-SP	(5ª T, 24.06.2008 – DJe 04.08.2008)
HC	139.465-SP	(5ª T, 05.11.2009 – DJe 15.12.2009)
HC	197.737-SP	(5ª T, 19.05.2011 – DJe 08.06.2011)
AgRg no REsp	1.622.395-SP	(5ª T, 22.11.2016 – DJe 05.12.2016)
AgRg na PetExe no AREsp	1.013.538-DF	(5ª T, 04.04.2017 – DJe 10.04.2017)
AgRg no HC	466.254-ES	(5ª T, 06.11.2018 – DJe 13.11.2018)
HC	480.424-SC	(5ª T, 02.04.2019 – DJe 16.04.2019)
AgRg no HC	501.869-SP	(5ª T, 07.05.2019 – DJe 13.05.2019)
AgRg no HC	42.481-RS	(6ª T, 07.02.2006 – DJ 14.08.2006)
HC	51.396-MG	(6ª T, 27.09.2007 – DJ 26.11.2007)
HC	89.504-SP	(6ª T, 18.12.2007 – DJ 11.02.2008)

HC	396.917-SP	(6ª T, 26.09.2017 – DJe 09.10.2017)
AgRg no HC	404.848-SC	(6ª T, 03.10.2017 – DJe 09.10.2017)
AgRg no REsp	1.676.952-PA	(6ª T, 14.11.2017 – DJe 21.11.2017)
RCD no AREsp	1.061.277-SP	(6ª T, 27.11.2018 – DJe 06.12.2018)
AgRg no REsp	1.735.762-RS	(6ª T, 11.12.2018 – DJe 19.12.2018)
AgRg no AREsp	1.289.339-CE	(6ª T, 13.12.2018 – DJe 04.02.2019)
AgRg no AREsp	1.048.093-RS	(6ª T, 02.04.2019 – DJe 10.04.2019)
AgRg no TP	1.872-SC	(6ª T, 09.04.2019 – DJe 24.04.2019)

Terceira Seção, em 10.2.2021

DJe 18.2.2021

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 1.619.087-SC
(2016/0208949-0)**

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relator para o acórdão: Ministro Jorge Mussi
Embargante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Embargado: Joao Luiz Cunha
Advogados: Fabian Radloff - SC013617
 Thiago Luis Beltrame - SC023201

EMENTA

Embargos de divergência em recurso especial. Pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos. Execução provisória. Impossibilidade. Art. 147 da Lei de Execução Penal. Proibição expressa. Ausência de manifestação do STF. Embargos rejeitados.

1. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha decidido pela viabilidade da imediata execução da pena imposta ou confirmada pelos tribunais locais após esgotadas as respectivas jurisdições, não analisou tal possibilidade quanto às reprimendas restritivas de direitos.

2. Considerando a ausência de manifestação expressa da Corte Suprema e o teor do art. 147 da LEP, não se afigura possível a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação.

3. Embargos de divergência rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, negar provimento ao recurso de embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Jorge Mussi, que lavrará o acórdão. Vencida a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro que davam provimento aos embargos de divergência. Votaram vencidos a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Ministros Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro.

Votaram com o Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator para acórdão) os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Brasília (DF), 14 de junho de 2017 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 24.8.2017

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Cuida-se de embargos de divergência interpostos pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra acórdão proferido pela Quinta Turma desta Corte assim ementado:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao tratar sobre a execução provisória da pena, decidiu apenas acerca da privativa de liberdade, nada dispondo sobre as penas restritivas de direito.

2. Ademais, a *Suprema Corte*, ao tempo em que vigorava o entendimento de ser possível a execução provisória da pena, como agora, não a autorizava para as penas restritivas de direito (EDcl no AgRg no AREsp 688.225/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 28/09/2016).

3. Em suma, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal, as penas restritivas de direitos só podem ser executadas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Precedentes do STF e do STJ.

4. Agravo regimental não provido.

Aponta o embargante dissídio jurisprudencial com julgado da Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, qual seja, o lançado nos autos do AgRg no REsp 1.627.367/SP, no tocante à possibilidade de execução provisória da pena restritiva de direitos. Por oportuno, confira-se a ementa do mencionado paradigma:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. VIOLAÇÃO DO ART. 33, § 2º, C, DO CP. NÃO REINCIDÊNCIA DECLARADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PENA

DEFINITIVA ABAIXO DE 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SÚMULAS 718 E 719/STF. MANIFESTA ILEGALIDADE CONSTATADA NA ANÁLISE DO REGIMENTAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVADAS. INIDONEIDADE DOS FUNDAMENTOS. ANTECEDENTES. PRIMARIEDADE DECLARADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONDUTA SOCIAL E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. SUPORTE EM ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL VIOLADO (PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO). CORREÇÃO. CONCEDIDO *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. NOVA DOSIMETRIA DAS PENAS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 440/STJ. DETERMINAÇÃO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PENA SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE.

1. Verifica-se a ocorrência de manifesta ilegalidade na dosimetria da pena do agravado, passível de correção por meio da concessão de *habeas corpus*, de ofício, haja vista a inidoneidade dos fundamentos utilizados para a valoração negativa das circunstâncias judiciais apontadas pelo agravante como suficientes para o agravamento do regime inicial de cumprimento de pena.

2. Quanto aos antecedentes do agravado, percebe-se que a sua primariedade foi constatada pelo Magistrado singular, aliado a isto, os fundamentos apresentados para a negatificação tanto da conduta social como das circunstâncias do crime caracterizam-se por não fugir à normalidade da conduta por ele perpetrada, sendo, portanto, inerentes ao tipo penal violado.

3. Ficando a pena-base estipulada no mínimo legal, com fundamento na Súmula 440 do STJ, veda-se a imposição de regime mais gravoso do que o cabível, no caso o aberto, diante da pena final cominada ser inferior a 4 anos, bem como pela constatada primariedade do agravo.

4. Haja vista o afastamento das circunstâncias judiciais indevidamente desvaloradas, com redução da pena-base ao mínimo legal, não prospera a tese trazida no agravo regimental, em que se postula a fixação de regime mais gravoso tão-somente em razão da aludida exasperação da pena-base, ora excluída.

5. É cabível a determinação de execução provisória de pena privativa de liberdade convertida em restritivas de direitos.

6. Concedido *habeas corpus*, de ofício, para afastar as circunstâncias negativas e redimensionar as penas do agravado. Agravo regimental desprovido. Pedido de execução provisória deferido, vencido nesse ponto, o Relator.

Pretende o embargante prevaleça o entendimento do aresto paradigma da Sexta Turma, que encontra respaldo na jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que é possível a execução provisória da pena privativa de liberdade convertida em restritivas de direitos.

Admitido o recurso, apresentou a parte embargada sua impugnação, às fls. 553/560, alegando, preliminarmente, o não conhecimento dos embargos

de divergência tendo em vista o trânsito em julgado para a acusação, conforme certidão de fl. 394.

Afirma, também, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 107, inciso IV, do Código Penal.

Quanto ao mérito, sustenta que a Lei de Execução Penal, em seu art. 147, exige o trânsito em julgado da sentença condenatória para fins de cumprimento da pena restritiva de direitos, bem como que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal diz respeito à execução provisória da pena privativa de liberdade.

Manifestou-se o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso, resumido o parecer nos seguintes termos:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA COM BASE NO TEOR DO JULGAMENTO DO HC N. 126.292 PELO STF. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE RESSALVA NO ALUDIDO JULGADO QUANTO ÀS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. INEXISTÊNCIA DE RECURSO COM EFEITO SUSPENSIVO PENDENTE DE JULGAMENTO. PARECER PELO PROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): Cumpre destacar, inicialmente, que não merece acolhimento a alegação da parte embargada no sentido de que este recurso manejado pelo Ministério Público não pode ser conhecido porque já houve o trânsito em julgado para a acusação.

Com efeito, depreende-se dos autos que o réu foi condenado pelo juízo sentenciante, tendo o Tribunal de Justiça de Santa Catarina negado provimento ao recurso defensivo. Admitido o recurso especial interposto pelo ora embargante, peticionou perante esta Corte o Ministério Público de Santa Catarina requerendo a remessa dos autos à primeira instância para a execução da pena. O pedido foi indeferido monocraticamente e objeto de agravo regimental. A Quinta Turma, então, negou provimento ao recurso, autorizando, assim, o manejo dos presentes embargos de divergência.

Outrossim, não há falar em prescrição da pretensão punitiva. O acusado foi condenado a 9 (nove) meses de detenção e 16 (dezesesseis) dias multa pela

prática do crime descrito no art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, por seis vezes, em continuidade delitiva. Transitada em julgado a condenação para a acusação, rege-se a prescrição pela pena em concreto o que, na espécie, implica no prazo prescricional de 3 (três) anos, nos termos do art. 109, inciso VI, do Código Penal, lapso não transcorrido entre os marcos interruptivos descritos no art. 117 do Estatuto Repressivo.

Pois bem. Cinge-se a divergência jurisprudencial quanto à possibilidade de execução provisória de pena restritiva de direitos.

Sobre o tema, peço licença para repisar os fundamentos por mim lançados quando do julgamento do HC 380.104/AM:

A questão trazida a deslinde abarca o exame acerca da execução provisória da pena restritiva de direitos, antes do trânsito em julgado da condenação, sem qualquer fundamentação concreta, decorrente do julgamento do apelo na origem.

Sempre defendi que a chamada execução provisória da pena é, em princípio, vedada, sob pena de se pôr em xeque a presunção de inocência. Somente se lhe admite a fim de garantir mais direitos ao cidadão submetido aos rigores da coerção estatal, efetivando-se o princípio da humanidade da pena, na sua vertente do *nihil nocere*. Para confirmar a vedação, basta a leitura do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, *verbis*:

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Ocorre que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 5.10.2016, no julgamento das medidas cautelares nas ações diretas de constitucionalidade 43 e 44, por maioria de votos, confirmou entendimento antes adotado no julgamento do HC 126.292, no sentido de que a execução provisória da pena não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, de modo que, confirmada a condenação por colegiado em segundo grau, e ainda que pendentes de julgamento recursos de natureza extraordinária (recurso especial e/ou extraordinário), a pena poderá, desde já, ser executada.

Antes mesmo da confirmação desse entendimento por ocasião do julgamento das medidas cautelares nas ações diretas de constitucionalidade referidas, a nova compreensão do Pretório Excelso - que ainda suscita divergências entre seus próprios ministros - foi adotada por esta Corte Superior de Justiça nos EDcl no REsp 1.484.415 (Sexta Turma) e na QO na Apn 675 (Corte Especial), *oportunidades em que fiquei vencida, com base nos argumentos acima expedidos, que sempre manifestei*.

Esse posicionamento foi reafirmado no Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, por ocasião da análise do ARE 964.246, **que teve repercussão geral reconhecida**. Assim, a tese firmada pelo Pretório Excelso deve ser aplicada nos processos em curso nas demais instâncias.

Portanto, ao menos por ora, diante do cenário que se apresenta, ressalvo meu entendimento e acompanho a posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal e seguida por esta Corte Superior de Justiça.

Vale ressaltar que, muito embora o Supremo Tribunal Federal, *em outra época*, quando também admitia a execução provisória, ressalvasse o entendimento de que as *penas restritivas de direitos* só poderiam começar a ser cumpridas após o trânsito em julgado da condenação, *a atual jurisprudência do pretório excelso não faz, ao menos expressamente, essa ressalva*.

Aliás, o colegiado desta Sexta Turma, em recente decisão proferida no *Recurso Especial n. 1.627.367/SP*, adotou *entendimento no sentido contrário à pretensão dos ora impetrantes*, ou seja, no sentido da **possibilidade de execução provisória mesmo das penas restritivas de direitos** (acórdão ainda pendente de publicação).

Por fim, destaco que os impetrantes não apontam na inicial qualquer ilegalidade adicional (além da matéria atinente à execução provisória - já rechaçada) a justificar que se excepcione a aludida compreensão.

Ante o exposto, *denego* a ordem.

É como voto.

A reforçar minha compreensão no sentido de que a nova orientação jurisprudencial da Suprema Corte não exclui a execução provisória das penas restritivas de direitos e refutando a argumentação do embargado quanto ao óbice à execução antecipada da restritiva de direitos em razão do descrito no art. 147 da Lei de Execução Penal - LEP, transcrevo o seguinte trecho do voto proferido nos EDcl no HC 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, Supremo Tribunal Federal, DJe de 07/02/2017:

2. As razões recursais evidenciam, claramente, que, quanto aos demais pontos, não há ambiguidade, omissão, obscuridade ou contradição a ser sanada. O que se pretende é, na verdade, uma nova apreciação da matéria, para o que não se prestam os embargos declaratórios, cujo âmbito está delimitado pelo art. 619 do CPP. Pode-se, quem sabe, objetar que houve omissão consistente na “declaração da inconstitucionalidade do art. 283, *caput*, do Código de Processo Penal”, inserto no Título IX, que trata das prisões, das medidas cautelares e da liberdade provisória. Mas nem essa objeção procede. A dicção desse dispositivo, cujo fundamento constitucional de validade é o princípio da presunção de inocência, comunga, a toda evidência, da mesma interpretação a esse atribuída. Assim, o

controle da legalidade das prisões decorrentes de condenação sem o trânsito em julgado submete-se aos mesmos parâmetros de interpretação conferidos ao princípio constitucional. Equivale a dizer que a normatividade ordinária deve compatibilizar-se com a Constituição, dela extraindo fundamento inequívoco de legitimidade. Aliás, a propósito da temática, o Ministro Roberto Barroso, em seu voto, bem sintetizou a questão ao afirmar que “naturalmente, não serve o art. 283 do CPP para impedir a prisão *após a condenação em segundo grau* – quando já há certeza acerca da materialidade e autoria – por fundamento diretamente constitucional”; afinal, “interpreta-se a legislação ordinária à luz da Constituição, e não o contrário.”

Sinale-se que esse dispositivo do art. 283 do CPP teve que conviver com o disposto no seu art. 27, § 2º, segundo a qual os recursos especiais e extraordinários (inclusive os criminais) devem ser recebidos apenas no efeito devolutivo. Esse dispositivo de lei foi, é certo, revogado pelo novo CPC (Lei 13.105/15), o qual, todavia, manteve o mesmo regime aos referidos recursos CPC, art. 995). *A solução para permitir a convivência harmônica do art. 283 do CPP com os dispositivos que sempre conferiram efeito apenas devolutivo aos recursos para instâncias extraordinárias, sem reconhecer a revogação ou a inconstitucionalidade de qualquer deles (v.g. Lei de Execução Penal, arts. 105 e 147), foi essa adotada pelo acórdão embargado, como também já havia sido a da jurisprudência anterior ao 2008, do Supremo Tribunal Federal.* (sem negrito no original)

No mesmo sentido, veja-se o seguinte trecho da decisão monocrática proferida pelo Ministro Luiz Fux, no HC 142.750/RJ, DJe de 27/04/2017, no qual a impetração apontou constrangimento ilegal consubstanciado na execução provisória da pena restritiva de direitos:

De outro lado, quanto ao alegado constrangimento ilegal decorrente da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, destaco que, em julgamento realizado em 05/10/2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao indeferir, por maioria, as liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44, entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e antes do efetivo trânsito em julgado do processo.

Entendeu-se que o referido dispositivo não impediria o início da execução da pena quando esgotadas as instâncias ordinárias, porquanto se deve buscar garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos por ele tutelados.

Deveras, o artigo 147 da Lei de Execução Penal, ao versar sobre a *execução das penas restritivas de direitos*, à similitude do artigo 283 do CPP, traz a expressão “trânsito em julgado”. Assim, *embora a pena restritiva de direitos não tenha como pressuposto a segregação do condenado em estabelecimento prisional, é, de igual*

forma, sanção penal, mercê de decorrer de um juízo condenatório em ação penal promovida pelo Estado. O que se tem é, conforme previsto pelo legislador, uma pena, e, portanto, instituto que ostenta a natureza de sanção penal, a qual, acaso reste injustificadamente descumprida, nos termos do artigo 44, § 4º, acarreta a sua conversão em privativa de liberdade.

Assim, em suma, não se visualiza qualquer justificativa para diferenciação das penas restritivas de direitos em relação à pena privativa de liberdade no que condiz à possibilidade de execução provisória da condenação.

Neste contexto, forçoso concluir, portanto, que o fundamento das recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, quanto a este tema, reside no caráter soberano da decisão do órgão local o qual, à luz dos fatos e provas levados ao seu conhecimento, concluiu, em cognição exauriente, pela procedência da pretensão punitiva estatal, bem como na inviabilidade do exame de fatos e provas nos mecanismos de impugnação dirigidos aos Tribunais Superiores. Dessa forma, o que legitima a execução provisória da pena é a decisão colegiada do Tribunal local que examina, em toda a sua amplitude, a pretensão do órgão acusador, e não a necessidade de confirmação da sentença condenatória por mais de um órgão jurisdicional.

Nesse diapasão, cumpre transcrever trecho do voto do Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, ainda pendente de publicação, proferido na oportunidade do julgamento da medida cautelar na ADC 43:

“35. Com efeito, destaquei que a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três conseqüências muito negativas para o sistema de justiça criminal. Em primeiro lugar, funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. Tais impugnações movimentam a máquina do Poder Judiciário, com considerável gasto de tempo e de recursos escassos, sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus. No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões.

36. Em segundo lugar, reforçou a seletividade do sistema penal. A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos. Em regra, os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação. Não por acaso, na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária.

37. Em terceiro lugar, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados.

38. A partir desses três fatores, tornou-se evidente que não se justifica no cenário atual a leitura mais conservadora e extremada do princípio da presunção de inocência, que impede a execução (ainda que provisória) da pena quando já existe pronunciamento jurisdicional de segundo grau (ou de órgão colegiado, no caso de foro por prerrogativa de função) no sentido da culpabilidade do agente. É necessário conferir ao art. 5º, LVII a interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida e a integridade psicofísica todos com status constitucional. Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou. Fundado nessa premissa, entendi que a Constituição Federal e o sistema penal brasileiro admitem e justificam a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda sem o trânsito em julgado [...]"

Com efeito, saliento que o desenvolvimento da força normativa da Constituição, nesse aspecto, está em que a presunção de inocência, na qualidade de princípio e não de regra, é passível de ponderação com outros princípios e valores constitucionais de mesma densidade e cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime em sede de segundo grau de jurisdição, no que encerra um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores.

Nesse sentido, transcrevo a ementa do HC 126.292, julgado pelo Tribunal Pleno:

"CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º-, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o

princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.» (HC 126.292, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 17/05/2016)

O referido entendimento foi reafirmado recentemente no julgamento do ARE 964.246, o qual teve repercussão geral reconhecida, tema 925. Na oportunidade, o Plenário Virtual desta Corte fixou a tese de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”.

No ponto, consigno que ambas as turmas desta Corte adotam a orientação firmada pelo Tribunal Pleno, *verbis*:

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A MODIFICÁ-LA. MANUTENÇÃO DA NEGATIVA DE SEGUIMENTO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão recorrida. 2. Não há ilegalidade evidente ou teratologia a justificar a excepcionalíssima concessão da ordem de ofício na decisão que, amoldando-se a precedente desta Corte, implementa a execução provisória da pena na pendência de julgamento de recursos excepcionais. 3. Agravo regimental desprovido.” (HC 135.347-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 17/11/2016)

“Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Homicídio culposo por acidente de trânsito (art. 302, parágrafo único, incisos II e III e art. 306, ambos do Código de Trânsito Brasileiro). 3. Suspensão da habilitação para dirigir aos condenados em homicídio culposo. Repercussão geral reconhecida no RE 607.107/MG. Pendência de julgamento. 4. Trânsito em julgado em relação às outras penas aplicadas. Execução provisória da pena. O Plenário, em recente julgamento do HC 126.292/SP, relatoria do Min. Teori Zavascki (Ata n. 2, DJe 19.2.2016), firmou entendimento no sentido de ser possível o início da execução da pena na pendência de recurso extraordinário ou especial. Isso porque, no plano legislativo, o art. 637 do CPP afirma que os recursos extraordinários não têm efeito suspensivo. Logo, uma decisão condenatória de segunda instância poderia ser executada na pendência do recurso. Precedentes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.” (ARE 737.305-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 10/8/2016)

Cumprе ressaltar que o constituinte não teve intenção de impedir a prisão após a condenação em segundo grau na redação do inciso LVII do artigo 5º da Constituição. Com efeito, acaso fosse essa a intenção, a hipótese restaria

encartada no inciso LXI do mesmo dispositivo constitucional, o qual trata dos casos de prisão. Releva notar, ainda, a premente a necessidade de se dar efetividade à Justiça.

Ex positis, NEGO SEGUIMENTO ao *writ*, com esteio no artigo 21, § 1º do RISTF. Prejudicado o exame do pedido liminar.

Após, dê-se vista ao Ministério Público Federal. (sem negrito no original)

Referido *decisum* restou confirmado em sede de agravo regimental, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, julgado pela Primeira Turma em 1º de junho de 2016, acórdão pendente de publicação.

Na mesma toada, isto é, permitindo a execução provisória de pena restritiva de direitos, as seguintes decisões monocráticas proferidas pela Suprema Corte: HC 142.799/PR, Ministro Luiz Fux, DJe de 20/04/2017 e Rcl 26.877/SC, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe de 25/05/2017, esta última do seguinte teor:

Decisão: Trata-se de reclamação constitucional, com pedido de medida liminar, ajuizada por Lucas Edivandro Agostini, em favor de Cleder Antonio Schwertz, contra ato do Desembargador Paulo Roberto Sartorato, do TJSC, que teria afrontado o que decidido pelo STF na ADI 1.127/DR

Inicialmente, consta dos autos que o reclamante foi condenado pela prática do delito descrito no art. 332, parágrafo único, do Código Penal, à pena de três anos de reclusão, em regime aberto, tendo sido substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. Ao acusado foi concedido o direito de recorrer em liberdade.

Irresignadas, acusação e defesa interpuseram apelação criminal no TJSC, que negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao apelo do Ministério Público, para condenar Cleder, também, pela prática do crime do art. 332, parágrafo único, do CP, no tocante a outra vítima. Assim, a pena final foi fixada em 6 anos de reclusão, em regime semiaberto. Eis a ementa desse julgado:

(...)

Interposto recurso especial, este restou obstado na origem.

Impugnou-se a decisão por meio de agravo endereçado ao Superior Tribunal de Justiça, que desproveu o recurso e determinou o início da execução provisória da pena.

Nesta Corte, a defesa alega, em suma, violação ao entendimento firmado na ADI 1.127, pois o Magistrado de origem, durante a fase de instrução, teria concedido ao acusado seu recolhimento em Sala de Estado-Maior, no entanto, após o julgamento da apelação *teria sido autorizada a execução provisória da pena*.

Postula a imediata soltura do reclamante, haja vista ausência de trânsito em julgado da condenação. Alternativamente, requer seja encaminhado à Sala de Estado Maior, ou, na ausência, a concessão de prisão domiciliar.

Informações foram prestadas (eDOC 17).

Passo a decidir.

Conforme relatado, a defesa alega que até o trânsito em julgado da ação penal, ainda que exista execução provisória em andamento, o réu faria jus ao recolhimento em Sala de Estado-Maior.

Sobre o tema, assevero que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, de relatoria do Min. Teori Zavascki, DJe 17.5.2016, firmou entendimento de ser possível o início da execução da pena na pendência de recurso extraordinário ou especial. Isso porque, no plano legislativo, o art. 637 do CPP prevê que os recursos extraordinários não têm efeito suspensivo. Logo, uma decisão condenatória de segunda instância poderia ser executada na pendência do recurso. Os embargos de declaração opostos ao acórdão do citado feito foram rejeitados em 2.9.2016 (DJe 7.2.2017).

Esta Corte, em 11.11.2016, ao julgar o ARE 964.246/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 25.11.2016, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada e, no mérito, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria.

No caso, a condenação do paciente, decorrente do cometimento de tráfico de influência (art. 332, parágrafo único, do CP), foi mantida no julgamento do recurso de apelação pelo TJ/SC, fato que possibilita a imediata execução da reprimenda. Acertada, portanto, a decisão proferida pelo STJ nos autos do Agravo em Recurso Especial 974.647/SC.

Cumprе consignar que a execução provisória da pena não viola o entendimento firmado na ADI 1.127/DF, tendo em vista que, na ocasião do julgamento, não foi discutido se o direito de o advogado permanecer em Sala de Estado-Maior estender-se-ia ou não ao preso cuja sentença teria sido confirmada em segundo grau.

Assim, ante a ausência de conectivo entre o ato reclamado e o conteúdo da ação direta paradigma, não há se falar em violação.

Em igual sentido, decidiu o Ministro Dias Toffoli, nos autos da RCL 25.111/PR, DJe 25.11.2016.

Além disso, sobre a matéria, cito os seguintes julgados: RHC 133.150 AgR/RR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 28.6.2016; HC 136.951 AgR/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 17.2.2017 e HC 140.645/MT, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 1º.3.2017.

Feitas essas considerações, no caso, verifico que a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Agravo em Recurso Especial 974.647/

SC, em que determinou o início da execução da pena do reclamante, encontra-se ajustada à jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, julgo improcedente a presente reclamação (art. 161, parágrafo único, do RISTF).

Em remate, colaciono um julgado recente da Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO LIMINAR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Indeferido o pleito urgente contido no recurso ordinário, com a adoção do entendimento consolidado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 126.292/MG (DJe 17/5/2016), pugnou o recorrente pela reconsideração da decisão.

2. Concedeu-se o pedido de reconsideração manejado, para suspender a execução provisória das penas impostas ao recorrente até o julgamento do recurso ordinário ou do trânsito em julgado da condenação. À ocasião, ressaltou-se posicionamento no sentido de que as penas restritivas de direitos somente poderiam ser objeto de execução definitiva, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal.

3. Todavia, a Sexta Turma desta Corte Superior orientou-se em sentido diverso: “ausente efeito suspensivo ao recurso especial, não há óbice à execução provisória de pena restritiva de direitos” (AgRg no REsp 1.420.207/PE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 22/11/2016).

4. Nos mesmos termos, o HC 380.104/AM, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/2/2017, DJe 22/2/2017.

5. Agravo regimental a que se dá provimento para, cassando a liminar outrora deferida ao ora agravado, negar provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*.

(AgRg no RCD no RHC 72.597/DF, Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 08/05/2017)

Nesse contexto, não obstante minha convicção pessoal sobre o tema, voto no sentido de que é possível a execução provisória de pena privativa de liberdade convertida em restritiva de direitos, tal como firmado no julgado paradigma.

Ante o exposto, dou provimento aos embargos de divergência para determinar a remessa dos autos ao juízo de origem para fins de execução da pena, independentemente do trânsito em julgado.

É como voto.

VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de embargos de divergência opostos pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, no qual aponta a existência de entendimentos dissonantes entre a Quinta e a Sexta Turmas desta Corte Superior de Justiça quanto à possibilidade de executar provisoriamente penas restritivas de direitos.

Na espécie, o embargante foi condenado à pena privativa de liberdade de 9 meses de detenção, como incurso no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90, substituída a privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Formulado pedido pelo Ministério Público Federal no sentido de que fossem remetidos os autos originais à primeira instância para o imediato início da execução da pena restritiva de direitos, este foi indeferido pelo Ministro Relator, às e-STJ fls. 416/417, *decisum* este mantido pela Quinta Turma deste Sodalício em julgamento de regimental, ensejando os presentes embargos de divergência.

Em seu voto, a eminente Relatora, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, dá provimento à insurgência, para determinar a remessa dos autos ao juízo de origem para fins de execução da pena, independentemente do trânsito em julgado da condenação.

Entretanto, ousou discordar da solução dada à controvérsia.

A Suprema Corte, por ocasião do julgamento do HC n. 126.292/SP, Rel. Ministro Teori Zavascki, realizado aos 17.2.2016, modificou sua jurisprudência, passando a admitir como consentânea com os princípios encartados na Constituição Federal a determinação de imediato início do cumprimento da pena após a afirmação da responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

Tal entendimento foi ratificado pelo Tribunal Pleno por ocasião do julgamento das medidas cautelares requeridas nas ADCs n. 43 e n. 44, ocorrido em 5.10.2016, e, em seguida, aos 11.11.2016, reconhecida a repercussão geral sobre o tema, em Plenário Virtual, reafirmou a jurisprudência aludida (ARE n. 964.246/SP, Rel. Ministro Teori Zavascki).

O referido precedente reflete o posicionamento do Guardião da Constituição Federal acerca da extensão do princípio da presunção de não culpabilidade previsto no inciso LVII do seu artigo 5º, o qual deve ser encampado como medida voltada a garantir a eficácia da jurisdição penal e

resgatar a credibilidade do Estado na sua função de reprimir as condutas que violam os bens jurídicos mais caros da sociedade e escolhidos como objeto de tutela.

A partir de então, este Superior Tribunal de Justiça passou a adotar tal orientação.

Entretanto, na hipótese em testilha, a pena privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direitos. E é neste particular que reside a divergência.

Neste ponto, mister destacar que o novel entendimento quanto à possibilidade de se executar a pena provisoriamente, firmado em 17.2.2016, retomou o que era adotado antes de 5.2.2009, porquanto foi a partir do julgamento do HC n. 84.078/MG (STF, Pleno, Rel. Min. Eros Grau, por maioria, j. 5.2.2009, DJe-035, de 25.02.2010), que a Corte Suprema passou a entender que o princípio da presunção de inocência obstará a imposição de prisão antes do trânsito em julgado da condenação, se inexistentes motivos cautelares a embasá-la.

Àquela época, o STF se manifestou expressamente a respeito da impossibilidade da execução das reprimendas restritivas de direitos antes do trânsito em julgado, por força da norma prevista no art. 147 da LEP, cujo teor é o que segue:

Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares. (grifou-se)

Nesse sentido, vejam-se:

AÇÃO PENAL. Sentença condenatória. Pena privativa de liberdade. Substituição por pena restritiva de direito. Decisão impugnada mediante agravo de instrumento, pendente de julgamento. Execução provisória. Inadmissibilidade. Ilegalidade caracterizada. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF, e ao art. 147 da LEP. HC deferido. Precedentes. Pena restritiva de direitos só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença que a impôs

(HC 88.413, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Primeira Turma, julgado em 23/05/2006, DJ 09-06-2006)

Pena restritiva de direitos: vedação de execução provisória: LEP, art. 147. De acordo com o artigo 147 da Lei de Execuções Penais, o termo inicial da execução

da pena **restritiva** de direitos é o trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes (HC 84.677, 1ª T., 23.11.2004, Cezar Peluso, Inf. STF/371; HC 84.741, Pertence, 1ª T. 07.12.04, DJ 18.2.2005).

(HC 85.289, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 22/02/2005, DJ 11-03-2005)

Todavia, o mesmo não ocorreu atualmente, já que o Supremo Tribunal Federal, ao modificar sua jurisprudência, não considerou a possibilidade de se executar provisoriamente, especificamente, a pena restritiva de direitos. No julgamento do HC n. 126.292/SP, a análise se restringiu à reprimenda privativa de liberdade, na medida em que dispôs tão somente sobre a *prisão* do acusado condenado em segundo grau, antes do trânsito em julgado.

Assim, em vista da ausência de apreciação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de executar a reprimenda restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação, somado ao texto expreso do art. 147 da Lei de Execução Penal, deve prevalecer o entendimento firmado no acórdão ora embargado.

Ante o exposto, pedindo vênias à eminente Relatora, rejeito os embargos de divergência.

É como voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro: Senhor Presidente, peço vênias à divergência para acompanhar a Relatora. Observo que o Supremo Tribunal Federal decidiu por seu Plenário e passamos, então, a seguir esta orientação da possibilidade da execução penal provisória. Esse foi o sentido para qualquer pena que venha a ser aplicada no processo penal. Não era a minha compreensão pessoal, mas, claro, passei a adotar a posição da Suprema Corte. O Supremo Tribunal Federal não admitiu recursos que pretenderam depois declarar a inconstitucionalidade do art. 105 da LEP, que também diz: “Transitando em julgado a sentença que aplica a pena privativa de liberdade”, porque reconheceu que, já naquele seu primeiro precedente, aquilo ficava implícito. De modo que o art. 147, ao dizer a mesma previsão ‘transitada em julgado’, não inova. Traz a mesma questão que já traz o art. 105 da LEP – e que entenderam alguns Ministros do Supremo, inclusive no precedente em que é Relator o Ministro Jorge Mussi, que já estava acobertado por aquela decisão.

Eu, por coincidência, até estava naquele julgamento, em que o Ministro Jorge Mussi se fazia presente e Sua Excelência lembra que os dois Ministros do Supremo votaram nesse sentido – entendendo que a decisão do Supremo já acobertava a execução penal provisória de penas restritivas de direito. Eram a Ministra Rosa Weber e o Ministro Luiz Fux, que agora, inclusive traz a Ministra Maria Thereza de Assis Moura em precedentes monocráticos, juntamente com o Ministro Luís Roberto Barroso e Ministro Celso de Mello. Sei que existem precedentes em contrário, mas temos também precedentes em contrário até para penas privativas de liberdade.

Então, com o máximo respeito, não vejo nisso obstáculo. E até por um sentido de lógica: se admitimos que é possível a execução provisória com riscos à liberdade, que é o bem maior da vida, não vejo como admitir que para penas alternativas, penas substitutivas, o mesmo não aconteça. Com a mesma observação que fez a Ministra Maria Thereza, porque não era a minha compreensão pessoal, mas seguindo o precedente da Suprema Corte, não vejo como dar diferenciado tratamento a uma pena menor, que também é resposta penal – em que disse a Suprema Corte que seria cabível execução provisória e que também não admitiu a Suprema Corte reconhecer a inconstitucionalidade no art. 105, que igual previsão de trânsito em julgado fazia.

Acompanho a Relatora.

VOTO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: Senhor Presidente, também peço a mais respeitosa vênua à eminente Relatora, para acompanhar a divergência e manter o entendimento da Quinta Turma deste Tribunal.

Inicialmente, recordo-me que, quando houve o julgamento do HC n. 126.292/SP, pelo Plenário do colendo Supremo Tribunal Federal, talvez eu tenha sido o primeiro magistrado desta Corte a trazer em reclamação, num caso rumoroso de São Paulo, a proposta de cumprimento imediato da decisão do Supremo Tribunal Federal, aqui na Seção (Rcl n. 30.193/SP, julgado em 11/05/2016, DJe 16/06/2016). Segui, imediatamente, a diretriz do Excelso Pretório e votei no sentido da inexistência de descumprimento da ordem anterior da Quinta Turma (HC n. 308.788/SP, julgado em 1º/09/2015, DJe 08/09/2015), alicerçada basicamente no exame do art. 312 do CPP. Julgou-se, portanto, improcedente o pedido de reclamação e manteve-se a execução provisória da pena privativa de liberdade fixada pelas instâncias ordinárias.

Relembro, ainda, que o HC n. 126.292/SP (STF) teve origem também na Quinta Turma deste Tribunal, em precedente do eminente Ministro Gurgel de Faria, que aqui também labutou brilhantemente (HC n. 313.021 - SP), tendo o réu sido condenado às penas de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado (CP, art. 157, § 2º). No âmbito do STF, foi concedida a liminar e o parecer ministerial foi favorável, no sentido da jurisprudência consolidada a partir de precedente da relatoria do eminente Ministro Eros Grau, afetado ao Plenário, em controle difuso de constitucionalidade (HC n. 84.078/MG, DJe de 26/02/2010). No mérito, todavia, denegou-se a ordem na nova compreensão da Suprema Corte (HC n. 126.292/SP e do ARE n. 964.246/SP, em repercussão geral).

Consolidou-se, assim, o entendimento no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, *com fixação de pena privativa de liberdade*, não é capaz de ferir o princípio constitucional da presunção de inocência, já que a eventual apresentação de recursos extraordinários não permite nova discussão de fatos e provas, capazes de alterar o quadro fático que ensejou a condenação (exaurimento das instâncias ordinárias).

Portanto, de forma alguma, eu me rebelo ou deixo de cumprir aquilo que o Supremo Tribunal Federal determinou e, como já disse, fui o primeiro a trazer à Seção essa matéria em sede de reclamação. No mesmo diapasão: HC n. 385.243/SP, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 28/03/2017 e HC n. 385.295/RS, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 14/03/2017, ambos de minha relatoria.

A questão em discussão nestes autos é outra: o julgamento do STF nos autos do HC n. 126.292/SP e do ARE n. 964.246/SP abarcou o art. 147 da LEP?

A Quinta Turma, na esteira da jurisprudência consolidada nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da guinada de 2009 (HC n. 84.078/MG), reafirma que não.

Em sentido contrário, diz a Relatora, a eminente Ministra Maria Thereza de Assis Moura, agora, que em embargos de declaração (HC n. 126.292-SP), esse tema foi o objeto dos aclaratórios. Entretanto, o próprio relatório do saudoso Ministro Teori Zavascki, registrou que a impugnação da parte embargante dizia respeito ao art. 283 da Lei Adjetiva Penal. Veja-se:

“Neste recurso, o embargante alega, em síntese, que o julgado, por representar alteração radical e significativa da orientação jurisprudencial, reclama a modulação dos seus efeitos; há o dever de estabilidade dos precedentes judiciais, a fim de se evitar mudanças repentinas capazes de atentar contra a segurança jurídica e o princípio da confiança. O Supremo Tribunal Federal afastou, sem dizer e, portanto, sem a devida fundamentação e de forma omissa, a vigência do art. 283 do Código de Processo Penal. E, ao assim agir, tornou omissa a própria decisão embargada, posto que não há qualquer interpretação que possa conciliar a nova interpretação dada ao art. 5º, inciso LVII, da Constituição, e o art. 283. Requer, ao final, sejam acolhidos os embargos com o objetivo de sanar a omissão nos termos do art. 1.022 do novo Código de Processo Civil, modulando-se os efeitos do Habeas Corpus, a fim de que passe a valer ex nunc, de maneira que ela não tenha eficácia para a embargante.”

Este foi o objeto dos embargos. No voto, Sua Excelência sustentou a compatibilidade do multicitado art. 283 com a nova interpretação constitucional e, em *obiter dictum*, disse:

(...)Sinalize-se que esse dispositivo do art. 283 do CPP teve que conviver com o disposto no seu art. 27, § 2º, segundo o qual os recursos especiais extraordinários (inclusive os criminais) devem ser recebidos apenas no seu efeito devolutivo. Esse dispositivo de lei foi, e é certo, revogado pelo novo CPC, Lei n. 13.105/15, o qual, todavia, manteve o mesmo regime aos referidos recursos, art. 995). A solução para permitir a convivência harmônica do art. 283 do CPP com os dispositivos que sempre conferiram efeito apenas devolutivo aos recursos para instâncias extraordinárias, sem reconhecer a revogação ou a inconstitucionalidade de qualquer deles (v.g. Lei de Execução Penal, art. 105 e art. 147), foi essa adotada pelo acórdão embargado, como também já havia sido a da jurisprudência anterior ao 2008, do Supremo Tribunal Federal (...).

Quer dizer, o objeto dos embargos de declaração foi o art. 283 do CPP. Sua Excelência (Relator) fez um acréscimo no voto dele, sem qualquer destaque nos votos dos demais eminentes Ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal. Além do mais, vejam bem, Sua Excelência disse que tinha a mesma compreensão da “interpretação da jurisprudência anterior a 2008, do Supremo Tribunal Federal”.

São as palavras do saudoso Ministro Teori Zavascki. Só que em relação às penas restritivas de direito, a interpretação que se dava no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça – isso não é inovação da Quinta Turma – antes e depois de 2009, sempre foi no sentido da prevalência do art. 147 da Lei de Execução Penal, sem qualquer adequação (interpretação conforme) ou proclamação de sua inconstitucionalidade. Confirmam-se:

HABEAS CORPUS. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. VEDAÇÃO.

O entendimento desta Corte é no sentido de que a execução da pena restritiva de direitos só pode ocorrer após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Ordem concedida. (HC 88.741/PR, Rel. Ministro EROS GRAU, SEGUNDA TURMA, DJ de 04/08/2006).

HABEAS CORPUS. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE DE SUA EXECUÇÃO DEFINITIVA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. PEDIDO DEFERIDO.

- As penas restritivas de direitos somente podem sofrer execução definitiva, não se legitimando, quanto a elas, a possibilidade de execução provisória, eis que tais sanções penais alternativas dependem, para efeito de sua efetivação, do trânsito em julgado da sentença que as aplicou. Lei de Execução Penal (art. 147). Precedentes. (HC 89.435/PR, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, DJe de 22/03/2013).

*AÇÃO PENAL. Sentença condenatória. Pena privativa de liberdade. Substituição por pena restritiva de direito. Decisão impugnada mediante agravo de instrumento, pendente de julgamento. Execução provisória. Inadmissibilidade. Ilegalidade caracterizada. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF, e ao art. 147 da LEP. HC deferido. Precedentes. **Pena restritiva de direitos só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença que a impôs.** (HC 88.413, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Primeira Turma, julgado em 23/05/2006, DJ 09-06-2006 PP-00019 EMENT VOL-02236-02 PP-00271 RTJ VOL-00201-02 PP-00694).*

Pena restritiva de direitos: vedação de execução provisória: LEP, art. 147. De acordo com o artigo 147 da Lei de Execuções Penais, o termo inicial da execução da pena restritiva de direitos é o trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes (HC 84.677, 1ª T., 23.11.2004, Cezar Peluso, Inf. STF/371; HC 84.741, Pertence, 1ª T. 07.12.04, DJ 18.2.2005). (HC 85.289, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 22/02/2005, DJ 11-03-2005 PP-00038 EMENT VOL-02183-02 PP-00295 LEXSTF v. 27, n. 317, 2005, p. 518-522 RT v. 94, n. 837, 2005, p. 522-523 RTJ VOL-00195-01 PP-00241).

Aliás, outra não era também a interpretação deste Tribunal, antes ou depois de 2009, considerando o disposto no art. 147 da Lei de Execução Penal. A título exemplificativo, confirmam-se:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. CONDENAÇÃO A PENAS DE 2 ANOS E 11 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENAS PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA

DE DIREITOS. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. PERMANÊNCIA DO PACIENTE EM REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ILEGALIDADE MANIFESTA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 147 DA LEP. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

[...]

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de habeas corpus substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal - que não merece conhecimento -, seja concedido habeas corpus, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

V. Hipótese em que o paciente, preso desde 26/07/2009, foi condenado, em sede de Apelação, à pena de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime inicial aberto, sendo a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade, sem a devida fundamentação.

[...]

VII. Nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal, as penas restritivas de direitos só podem ser executadas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Precedentes do STJ.

VIII. Consoante a jurisprudência do STJ, “fixado o regime aberto para o inicial cumprimento da reprimenda, a negativa do apelo em liberdade constitui constrangimento ilegal, porquanto não pode a acusada aguardar o julgamento de seu recurso em regime mais gravoso do que aquele fixado na sentença condenatória” (STJ, HC 131.150/DF, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 14/10/2011). Em igual sentido: STJ, HC 216.429/RS, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 21/03/2012.

IX. No caso, embora o paciente tenha permanecido preso cautelarmente durante toda a instrução criminal, a manutenção da sua custódia cautelar, enquanto aguarda o julgamento do Agravo, interposto pelo Ministério Público contra a decisão que inadmitiu seu Recurso Especial, em regime mais gravoso do que fora condenado - quando, ao que tudo indica, possui lapso temporal suficiente à concessão de benefícios da execução, e, eventualmente, já cumpriu, em 26/06/2012, em regime fechado, a totalidade da pena privativa de liberdade que lhe foi imposta pelo acórdão impugnado, caso desprovido o recurso do Ministério Público, considerando a data da prisão cautelar -, constitui flagrante constrangimento ilegal, passível de ser sanado, na via do habeas corpus.

X. Habeas corpus não conhecido.

XI. Concessão da ordem, de ofício, para, confirmando a liminar deferida, permitir que o paciente aguarde, em liberdade, o trânsito em julgado da condenação, salvo se por outro motivo deva permanecer preso. (HC 249.271/BA, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 23/04/2013).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. FALSIDADE DE ATESTADO MÉDICO. CONTRADIÇÃO VERIFICADA. IMPETRAÇÃO CONTRA INDEFERIMENTO DE LIMINAR NA ORIGEM. **SUPERAÇÃO DA SÚMULA 691/STF, APENAS, QUANTO À TESE DE IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.** PARCIAL CONHECIMENTO DO WRIT.

1. Habeas corpus impetrado em face de decisão indeferitória do pedido de liminar proferida pelo Desembargador Relator do writ originário. Incidência, em regra, da súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal. **Superação da súmula, com o deferimento da liminar e posterior concessão da ordem, diante da flagrante ilegalidade do ato coator, apenas, no que diz respeito, à tese de que as penas restritivas de direitos somente poderiam ser executadas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.**

2. Na medida em que a tese de prescrição da pretensão punitiva não foi reconhecida como ilegalidade flagrante, a ensejar a mitigação da súmula 691 da Suprema Corte, o conhecimento do habeas corpus restringiu-se, tão somente, à arguição relativa à impossibilidade de execução provisória da pena restritiva de direitos.

3. Merece, pois, reparo, em parte, o acórdão embargado, justificando o acolhimento dos presentes embargos, a fim de que seja sanada a contradição, já que o conhecimento do writ foi parcial.

4. Embargos parcialmente acolhidos para, emprestando-lhes efeitos modificativos, conhecer parcialmente do habeas corpus e, nessa parte, conceder a ordem. (EDcl no HC 197.737/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 05/03/2012).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA CRIMINAL. INTEMPESTIVIDADE. NÃO CONHECIMENTO. **SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO.** CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. O prazo para oposição de embargos declaratórios, em se tratando de matéria criminal, é de 2 dias (artigos 619 do Código de Processo Penal e 263 do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça).

2. **A pena restritiva de direito não admite a execução provisória (artigos 393, inciso I, e 669 do Código de Processo Penal e 147 da Lei de Execução Penal).**

3. Embargos declaratórios não conhecidos. Concessão de habeas corpus de ofício, para suspender a execução provisória das penas restritivas de direito. (EDcl no Ag 646.799/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2005, DJ 05/12/2005, p. 393).

Mais recentemente, decidiu, à unanimidade, a Quinta Turma deste Tribunal:

AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO DE EXECUÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLEITO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO

1. O Supremo Tribunal Federal, ao tratar sobre a execução provisória da pena, no HC 126.292/SP e nas ADCs 43 e 44, decidiu apenas acerca da privativa de liberdade, nada dispondo sobre as penas restritivas de direito.

2. Ademais, a Suprema Corte, ao tempo em que vigorava o entendimento de ser possível a execução provisória da pena, como agora, não a autorizava para as penas restritivas de direito (EDcl no AgRg no AREsp 688.225/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 22/09/2016, DJe 28/09/2016).

3. Nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal, as penas restritivas de direitos só podem ser executadas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Precedentes do STF: HC 88.741/PR, Rel. Ministro EROS GRAU, SEGUNDA TURMA, DJ de 04/08/2006; HC 88.413, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Primeira Turma, julgado em 23/05/2006, DJ 09-06-2006; HC 85.289, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 22/02/2005, DJ 11-03-2005; HC 89.435/PR, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/03/2007, DJe de 22/03/2013 e do STJ: AgRg na PET no AREsp 719.193/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 15/02/2017; AgRg nos EDcl no AREsp 517.017/SC, por mim relatado, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 09/11/2016; HC 249.271/BA, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 23/04/2013; EDcl no HC 197.737/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 05/03/2012 e EDcl no Ag 646.799/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2005, DJ 05/12/2005, p. 393.

4. Por fim, se não há declaração de inconstitucionalidade do art. 147 da LEP, não se pode afastar sua incidência, sob pena de violação literal à disposição expressa de lei. Cláusula de reserva de Plenário - CF/88, art. 97. Súmula Vinculante 10 do Colendo STF.

5. Agravo regimental não provido. (AgRg na PetExe no AREsp 971.249/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 15/03/2017).

PENAL E EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSIDERAÇÃO DE AÇÕES PENAIAS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. PREJUÍZO CAUSADO ÀS VÍTIMAS NÃO APURADO. CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1 - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração.

Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem, de ofício.

II - “O entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita” (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 11/4/2005).

III - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP, e art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados.

IV - A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que é vedada a consideração de inquéritos policiais ou ações penais sem certificação do trânsito em julgado para valorar negativamente a personalidade ou a conduta social e exasperar a pena-base, sob pena de violação ao princípio da presunção de não-culpabilidade.

Inteligência do enunciado n. 444 da súmula do STJ, segundo a qual “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base” (precedentes).

V - As consequências do crime só podem ser negativamente valoradas quando extrapolados os efeitos do resultado ordinariamente previsto no tipo penal.

VI - “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal” (HC n. 126.292/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 17/5/2016).

VII - Antes da guinada jurisprudencial do HC n. 84.078/MG, não permitindo execução provisória de pena privativa de liberdade, hoje superada pelo HC n. 126.292/SP, o Pretório Excelso, bem como este Tribunal Superior, já entendiam que, no caso das penas restritivas de direitos, não cabia execução provisória antes do trânsito em julgado, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal (precedentes).

VIII - Assim, segundo entendimento assente na Quinta Turma deste Tribunal (AgRg no REsp n. 1.618.434/MG, AREsp n. 971.249/SP), é inadmissível a execução provisória de penas restritivas de direito.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida, de ofício, para reduzir a reprimenda do paciente ao novo patamar de dois anos de reclusão, em regime inicialmente aberto, mantida a substituição da prisão por penas restritivas de direito, e para, confirmando a liminar de fls. 44-47, suspender a execução das penas restritivas de direitos até o trânsito em julgado da condenação.

(HC 393.031/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 06/06/2017)

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. **REVISÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. EMBARGOS REJEITADOS.**

1. Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração, como recurso de correção, destinam-se a suprir omissão, contradição e ambiguidade ou obscuridade existente no julgado. Não se prestam, portanto, para sua revisão no caso de mero inconformismo da parte.

2. A Suprema Corte, ao tempo em que vigorava o entendimento de ser possível a execução provisória da pena, como agora, não a autorizava para as penas restritivas de direito.

3. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg no AREsp 688.225/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 22/09/2016, DJe 28/09/2016).

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal - STF, ao tempo em que vigorava o entendimento de ser possível a execução provisória da pena, como agora, não a autorizava para as penas restritivas de direitos. No mesmo sentido vem decidindo a eg. Quinta Turma desta Corte Superior como nos AgRg na PET no AREsp 719.193/MG, DJe de 15/2/2017 e EDcl no AgRg no AREsp 688.225/SP, DJe de 28/9/2016, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS; AgRg nos EDcl no AREsp 517.017/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe de 9/11/2016.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg na PetExe no AREsp 1.013.538/DF, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 10/04/2017).

REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO PASSIVA E ATIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Nos termos do artigo 147 da Lei de Execução Penal, a execução da reprimenda restritiva de direitos é condicionada ao trânsito em julgado da sentença condenatória, conforme entendimento consolidado no âmbito da Quinta Turma desta Corte Superior de Justiça.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg na PetExe no AREsp 1.077.743/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 07/06/2017)

É verdade que, neste semestre, a colenda Sexta Turma, de forma majoritária (vencido, no ponto, o Relator), decidiu contrariamente à jurisprudência que estava consolidada nesta Corte e no STF (AgRg no REsp 1.627.367/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 02/02/2017). Todavia, se não há declaração de inconstitucionalidade do art. 147 da LEP, não se pode afastar, *data venia*, sua incidência, sob pena de violação literal da disposição expressa de lei. Incidem, assim, a cláusula de reserva de Plenário - CF/88, art. 97 e o verbete da Súmula Vinculante n. 10 do Colendo STF.

A propósito, recorde-se que a interpretação conforme a Constituição só é viável em face de normas polissêmicas, com sentido plurissignificativo, onde ao menos um se revele compatível com a Carta Magna, configurando-se, também, como forma de controle de constitucionalidade. Portanto, tal forma de interpretação é prevista legalmente no parágrafo único, do artigo 28, da Lei n. 9.868/1999, juntamente com outras formas de controle da constitucionalidade, todas submetidas ao art. 97 da CF/88 (Rcl n. 14.872, Rel. Ministro GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgamento em 31/5/2014, DJe de 29/6/2014; ADPF 132, Rel. Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe de 14/10/2011 e ADI 484, Rel. p/ acórdão Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/2011, DJe de 1º/02/2012).

Nesse sentido:

A interpretação conforme a Constituição não pode ser tratada como uma simples interpretação do texto infraconstitucional. Ela embute, em si, dois juízos: primeiro, ela implica na interpretação do próprio texto constitucional; em segundo lugar, em uma interpretação do texto infraconstitucional, com a declaração da inconstitucionalidade das hipóteses de incidência da norma que não são compatíveis com a interpretação feita do texto Constitucional. Entendemos, assim, que a interpretação conforme embute dois comandos complementares: uma declaração de constitucionalidade e uma declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Por tal motivo, quando o julgador efetua a interpretação conforme, ele está realizando, implícita ou explicitamente, um controle de constitucionalidade, atraindo todos os efeitos e consequências intrínsecos a este tipo de controle, como, por exemplo, a necessidade de observância do art. 97 da Constituição e do procedimento dos artigos 480 a 482 da legislação processual. (LIMA, Gustavo Augusto Freitas

de. **A interpretação conforme a Constituição equivale a uma declaração de inconstitucionalidade?** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23195/a-interpretacao-conforme-a-constituicao-equivale-a-uma-declaracao-de-inconstitucionalidade>. Acesso em 23 mar. 2017).

Senhor Presidente, trata-se de uma tentativa de mudança clássica de interpretação constitucional, que só pode ser realizada em “interpretação conforme” ou em controle de constitucionalidade, por meio do afastamento ou de adequação do art. 147 da LEP. Isso eu digo na medida em que o próprio Supremo Tribunal Federal tem, reiteradas vezes, chamado a atenção dos Tribunais em relação ao art. 97 da Constituição Federal e em relação à Súmula Vinculante n. 10.

Nessa perspectiva, entendo que o Supremo Tribunal Federal não analisou essa matéria em Plenário (não examinou o afastamento do referido dispositivo da Lei de Execução Penal e nem deu “interpretação conforme”), embora o eminente Relator, num acréscimo, num *obiter dicta* no seu voto, possa ter feito referência ao art. 147.

Alega-se, também, que a Corte Especial deste Tribunal já se manifestou nesse sentido. Na questão de ordem na Ação Penal n. 675, da relatoria Ministra Nancy Andrighi, também estava em discussão apenas *pena privativa de liberdade*. Logo, *data venia*, não houve “interpretação conforme” do art. 147 pela Corte Especial.

Por fim, o recente caso do TSE, citado pelo eminente Ministro Néfi Cordeiro, ainda não constitui um julgado. Há, na realidade, um empate, tendo o Ministro Gilmar Mendes solicitado vista, para dar o voto de desempate. Lá, a divergência entre a Quinta e a Sexta Turma deste Tribunal ficou bem esclarecida, tanto que ainda pende de resultado final.

Quanto às respeitáveis decisões monocráticas do STF indicadas pela Relatora, lembro que existem decisões também monocráticas em sentido diametralmente oposto. Refiro-me aos Ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio Mello, concedendo ou mantendo liminares em sede de execução provisória de penas restritivas de direito, o que reforça, mais ainda, a necessidade de um pronunciamento específico do STF ou da Corte Especial do STJ, quanto ao art. 147 da LEP.

Faço essas considerações sobretudo para que não se entenda a diretriz da Quinta Turma como uma tentativa de resistência ou de descumprimento ao comando do Supremo Tribunal Federal no HC n. 126.292-SP. Pelo contrário,

tenho a consciência tranquila no sentido de que, desde o primeiro momento, fiz o cumprimento dessa decisão plenária do Excelso Pretório, inclusive em sede de reclamação.

Penso que devemos manter e prestigiar a jurisprudência do STF e do STJ, anterior a 2009, porque ela, sim, é compatível com a vigência do art. 147 da LEP e com a interpretação que o Supremo Tribunal Federal dava ao momento da execução das penas restritivas de direito, até o julgamento do HC n. 84.078/MG, DJe de 26/02/2010.

Portanto, enquanto não houver interpretação diversa (conforme a CF/88), pela Corte Especial deste Tribunal ou pelo Supremo Tribunal Federal, não me sinto obrigado a alterar a diretriz da Quinta Turma a respeito do tema.

Senhor Presidente, nego provimento aos embargos de divergência, pedindo a mais respeitosa licença à Relatora.

VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Senhor Presidente, egrégia Seção, não fiz voto escrito, mas vou fazer algumas considerações, e para tanto peço a colaboração da taquigrafia.

Começo pela parte em que o Ministro Reynaldo Soares terminou: pelo argumento histórico. A análise da jurisprudência do Supremo – o tempo em que ele, como hoje, permitia a execução provisória das penas privativas de liberdade – nos conduz a que não tinha a mesma linha em relação às penas restritivas de direito.

A Senhora Ministra Maria Thereza de Assis Moura coloca: “mas não importa o que se decidiu antes, o que importa é como está a situação agora.” Pois bem, em relação às penas privativas de liberdade, temos, no STF, uma definição clara; em relação às restritivas de direito, *data maxima venia*, não temos. Temos decisões monocráticas de um jeito, decisões monocráticas de outro, e alguns Ministros que não se pronunciaram. Na decisão do Ministro Teori Zavascki, ele aventa a situação, mas, depois, inclusive em embargos de declaração, esclarece apenas a questão relativa ao art. 183 do Código de Processo Penal e não se refere aos dispositivos da Lei de Execução Penal.

Então, o meu primeiro ponto é o argumento histórico.

O segundo ponto é a questão de que há um princípio interpretativo que nos diz que as normas ou as regras que impõem restrições devem ser interpretadas

restritivamente. Há até um brocardo latino (do qual tenho dúvida a respeito da pronúncia da primeira palavra), que é: *favorabilia amplianda, odiosa restringenda*.

Ora, sem dúvida nenhuma, em relação ao *jus libertatis*, a decisão do Supremo que retomou a ideia de que se deve permitir a execução provisória, é uma regra restritiva. Então, tenho que interpretá-la restritivamente, tenho que ler aquelas decisões que foram tomadas pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal e extrair dali o quê? Qual é a restrição que está clara? É a restrição relativa às penas privativas de liberdade. No tocante às penas restritivas de direito, não há uma clara restrição – então vou interpretar isso restritivamente.

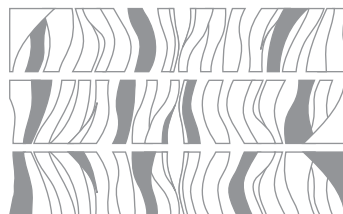
Ainda há uma segunda questão de ordem interpretativa. É a interpretação sistemática das diretrizes sobre os recursos extremos: o recurso extraordinário e o recurso especial. Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, acredito que por um equívoco do legislador desse Código, ele revogou os dispositivos sobre recurso extraordinário e recurso especial existentes na Lei n. 8.038. Então, o Processo Penal hoje está sendo obrigado pela via do art. 3º do CPP a buscar no Processo Civil a estrutura do recurso extraordinário e do recurso especial. Esta Seção, quando entrou em vigor o CPC novo, reuniu-se para meditar sobre o que é que nós iríamos fazer para aplicar as regras respectivas diante do novo quadro normativo. E dissemos que não aplicaríamos os dispositivos do Código de Processo Civil novo quando houvesse choque com dispositivos do Código de Processo Penal ou algum dispositivo remanescente da Lei n. 8.038 ou a princípios de aplicação do Processo Penal.

É evidente que o Código de Processo Civil novo reforçou o caráter meramente devolutivo dos recursos extremos. E isso não condiz, inteiramente com o espírito do Código de Processo Penal. Por conseguinte, esse é mais um motivo que me leva a pensar que, o quanto possível eu puder deixar sem esse avanço, eu o devo fazer.

O terceiro ponto é uma questão redacional na LEP, e parece-me que essa é uma situação que não foi observada até agora, e da talvez alguém diga: “mas isso é muito pouco, isso é interpretação literal ou gramatical, que é a menos recomendável”, mas há uma diferença entre a redação do art. 147 e a do art. 105, ambos da lei de Execuções Penais, dispositivos esses que foram invocados para dizer que não há distinção entre penas privativas de liberdade, regidas pelo último, e restritivas de direitos, reguladas no primeiro. Pode-se dizer que se está levantando o problema do art. 147, sendo que há o art. 105, que é igual.

Pois eu digo que é *quase* igual, mas não é igual. Lembro-me do título de um livro de Umberto Eco sobre tradução: *Quase a Mesma Coisa*. A interpretação das normas é o quê? É traduzir ‘juridiquês’ em português. Pois bem, é quase a mesma coisa, porque o art. 105 diz: “Transitando [gerúndio] em julgado a sentença que condena à pena (...)”, e no art. 147 está no particípio passado: “Transitada em julgado (...)”. Então, no art. 147, exige-se que, realmente, haja o trânsito em julgado indiscutível. Mas, no artigo das penas privativas de liberdade, está “transitando”, ou seja, aquela decisão condenatória, mesmo que ainda não tenha transitado, mas esteja transitando, e aí me parece cabível imaginar que o esgotamento das instâncias ordinárias, que era onde os recursos tinham efeitos suspensivos, se acabou. Então, ele caminha para transitar, o que mostra que é possível imaginar uma diferença. Enquanto o Supremo Tribunal Federal não expungir de vez essa dúvida, temos, em nome da preservação da liberdade, de optar pela exegese que melhor defende essa mesma liberdade.

Finalmente, o quarto e último ponto do meu voto refere-se à alegação de que não existem, em verdade, penas originalmente restritivas de direito, que elas são conversões das penas privativas de liberdade, então deveríamos aplicar a mesma regra. Permito-me uma licença poética aqui: é como dizer que não existem borboletas, que elas são apenas lagartas convertidas. Acho que, dada a absoluta distinção entre a natureza e os efeitos das penas privativas de liberdade e as restritivas de direitos, é possível estabelecer esse *discrīmen*. Por isso, com todas as vênias à relatoria e aos ilustres Pares que a acompanharam, acosto-me à divergência.



Súmula n. 644

SÚMULA N. 644

O núcleo de prática jurídica deve apresentar o instrumento de mandato quando constituído pelo réu hipossuficiente, salvo nas hipóteses em que é nomeado pelo juízo.

Referências:

CPP, art. 266.

Lei n. 1.060/1950, art. 16, parágrafo único.

Súmula n. 115-STJ.

Precedentes:

EAREsp	798.496-DF	(3ª S, 11.04.2018 – DJe 16.04.2018) acórdão publicado na íntegra
AgRg no AREsp	1.049.303-DF	(5ª T, 06.03.2018 – DJe 14.03.2018)
AgRg no AREsp	1.160.621-DF	(5ª T, 17.04.2018 – DJe 30.04.2018)
AgRg no AREsp	1.199.054-DF	(5ª T, 07.06.2018 – DJe 20.06.2018)
Pet no AREsp	869.937-DF	(6ª T, 18.04.2017 – DJe 26.04.2017)
AgRg no AREsp	1.164.056-DF	(6ª T, 15.05.2018 – DJe 24.05.2018)
AgRg no AREsp	1.088.912-DF	(6ª T, 17.04.2018 – DJe 29.05.2018)

Terceira Seção, em 10.2.2021

DJe 18.2.2021

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL
N. 798.496-DF (2015/0264257-5)**

Relator: Ministro Nefi Cordeiro

Embargante: Edson Maciel de Sousa

Advogados: Thiago Almeida Morato Mendonça (Assistência Judiciária) -
DF039212

Gabriela Guimarães Freitas dos Santos (Assistência
Judiciária) - DF037058

Embargado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

EMENTA

Processo Penal. Embargos de divergência em agravo em recurso especial. Nomeação do Núcleo de Prática Jurídica em juízo. Procuração. Desnecessidade. Inaplicabilidade da Súmula 115/STJ. Precedentes do STJ. Embargos acolhidos.

1. O Núcleo de Prática Jurídica, por não se tratar de entidade de direito público, não se exime da apresentação de instrumento de mandato quando constituído pelo réu hipossuficiente a quem cabe a livre escolha do seu defensor, em consonância com o princípio da confiança.

2. A nomeação judicial do Núcleo de Prática Jurídica para patrocinar a defesa do réu, todavia, dispensa a juntada de procuração, por não haver atuação provocada pelo assistido, mas sim exercício do *munus* público por determinação judicial, sendo, portanto, afastada a incidência da Súmula 115/STJ. Precedentes do STJ.

3. Embargos de divergência acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, acolher os embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Antonio

Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Brasília (DF), 11 de abril de 2018 (data do julgamento).

Ministro Nefi Cordeiro, Relator

DJe 16.4.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro: Trata-se de embargos de divergência em agravo em recurso especial opostos por EDSON MACIEL DE SOUSA em face de aresto proferido pela Quinta Turma, assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO INTERPOSTO POR ADVOGADO SEM PROCURAÇÃO. APLICABILIDADE DO VERBETE N. 115 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA. NÃO EQUIPARAÇÃO COM A DEFENSORIA PÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

– Firme nesta Corte o entendimento de que “O advogado integrante do Núcleo de Prática Jurídica não está dispensado de apresentar a procuração ou ato de nomeação judicial, por ausência de previsão legal, visto que somente é equiparado à Defensoria Pública no tocante à intimação pessoal dos atos processuais”. (AgRg no AREsp 780.340/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 04/02/2016).

Agravo regimental desprovido.

O embargante invoca divergência do acórdão com o decidido nos autos do AgRg nos EDcl no Ag 1.420.710, pela Sexta Turma, no qual teria se pronunciado pela *desnecessidade da juntada de procuração quando se trata de defensor dativo* (fls. 864).

Alude que, da mesma forma, manifestou-se a Terceira Seção quanto à desnecessidade do instrumento de mandato em apreço, quando do exame do EREsp no REsp 1.198.701.

Assinala que também a Corte Especial já se manifestou, no julgamento do AgRg nos EAg 1.206.041, pela não aplicação da Súmula 115/STJ *nos casos em que se comprovasse a nomeação de defensor dativo* (fl. 865).

Requer o acolhimento dos embargos para afastar a exigência *de procuração para os advogados nomeados pelo Núcleo de Prática Jurídica do UniCeub* (fls. 866/867).

Manifestação do Ministério Público pela rejeição dos embargos (fls. 893/894 e 900/905).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro (Relator): O acórdão recorrido assim abordou a matéria (fls. 487/489):

Com efeito, firme nesta Corte o entendimento de que “O advogado integrante do Núcleo de Prática Jurídica não está dispensado de apresentar a procuração ou ato de nomeação judicial, por ausência de previsão legal, visto que somente é equiparado à Defensoria Pública no tocante à intimação pessoal dos atos processuais”. (AgRg no AREsp 780.340/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 04/02/2016).

No mesmo sentido, os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO DO ADVOGADO SUBSCRITOR. SÚMULA 115/STJ. NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA. NÃO EQUIPARAÇÃO COM A DEFENSORIA PÚBLICA. NECESSIDADE DE PROCURAÇÃO NOS AUTOS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. “Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos” (Súmula 115/STJ).

2. Os Núcleos de Prática jurídica não se equiparam à Defensoria Pública para todos os fins, motivo pelo qual não gozam de todas as prerrogativas a ela concedidas.

3. Não sendo o UniCEUB integrante de entidade de direito público, e não se tratando de hipótese de nomeação na ocasião do interrogatório do réu, não há se falar em dispensa do instrumento de procuração em nome do advogado subscritor do recurso. Precedentes.

4. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 787.778/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ADVOGADO. NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO OU ATO DE NOMEAÇÃO JUDICIAL. NÃO CONHECIMENTO. SÚMULA 115 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. *“Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos.” (Súmula 115/STJ)*

2. *“O advogado integrante do Núcleo de Prática Jurídica não está dispensado de apresentar a procuração ou ato de nomeação judicial, por ausência de previsão legal, visto que somente é equiparado à Defensoria Pública no tocante à intimação pessoal dos atos processuais.” (AgRg no AREsp 780.340/DF, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 04/02/2016)*

3. *Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 783.130/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 09/03/2016).*

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADVOGADO. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO OU NOMEAÇÃO. SÚMULA 115/STJ. NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA. EQUIPARAÇÃO COM A DEFENSORIA PÚBLICA. DESCABIMENTO.

1. *A decisão agravada, ao aplicar a Súmula 115/STJ, não olvidou do fato de que a nomeação de advogado dativo, para fins representação processual, equivale à procuração. O que ocorre nos autos é que o defensor nomeado não subscreveu o agravo em recurso especial, sendo que, em relação à advogada que o fez, não consta nomeação, procuração ou substabelecimento, este último, conferido pelo advogado nomeado pelo Juízo.*

2. *O fato de que a advogada dativa integraria os quadros de Núcleo de Prática Jurídica de Faculdade de Direito não dispensa a apresentação de procuração ou de nomeação judicial. Nesse ponto, não há equiparação com a Defensoria Pública.*

3. *A Defensoria Pública, por força das atribuições expressas na legislação de regência da instituição, pode atuar na defesa de seus assistidos ou representados, razão pela qual seus integrantes, uma vez investidos no cargo de defensor público, podem atuar em juízo sem a exibição de procuração ou de nomeação.*

4. *No caso de Núcleo de Prática Jurídica ou de advogado dativo, embora prestem relevantes serviços, não existe previsão legal semelhante. Por essa razão, seus poderes de representação em juízo dependem de procuração ou nomeação, na qual não basta a indicação do Núcleo de Prática - pois este não possui capacidade para receber nomeação ou mandato, mas é necessária a especificação do advogado a quem são atribuídos os poderes de representação.*

5. *Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 11.931/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 19/03/2013).*

O art. 16 da Lei 8.060/1950 não se aplica à hipótese, pois o Núcleo de Prática Jurídica do UniCEUB/ não é uma entidade de direito público, não havendo se falar em dispensa de apresentação de mandato de procuração em nome do representado.

Anoto, por fim, que os precedentes trazidos pelo agravante não refletem a atual jurisprudência desta Corte.

Verifica-se que o Núcleo de Prática Jurídica do UniCEUB foi nomeado pelo Juiz do Tribunal de Júri de Samabaia/DF (fl. 189), para patrocinar a defesa dativa do recorrente, ante a informação de que o acusado não possui condições de constituir advogado particular.

O Núcleo de Prática Jurídica, por não se tratar de entidade de direito público, não se exime da apresentação de instrumento de mandato quando constituído pelo réu hipossuficiente a quem cabe a livre escolha do seu defensor, em consonância com o princípio da confiança.

A nomeação judicial do Núcleo de Prática Jurídica para patrocinar a defesa do réu, todavia, dispensa a juntada de procuração, por não haver atuação provocada pelo assistido, mas sim exercício do *munus* público por determinação judicial, sendo, portanto, afastada a incidência da Súmula 115/STJ.

Além disso, não se mostra admissível a exigência de procuração, porquanto não raras as vezes sequer há contato do advogado dativo com o acusado, sendo certo que manter a exigência de mandato acarretaria gravosos prejuízos à defesa da população necessitada, inviabilizando o acesso à Justiça. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ADVOGADO. NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO OU ATO DE NOMEAÇÃO JUDICIAL. NÃO CONHECIMENTO. SÚMULA 115 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. "Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos." (Súmula 115/STJ) 2. "**O advogado integrante do Núcleo de Prática Jurídica não está dispensado de apresentar a procuração ou ato de nomeação judicial, por ausência de previsão legal, visto que somente é equiparado à Defensoria Pública no tocante à intimação pessoal dos atos processuais**". (AgRg no AREsp 780.340/DF, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 04/02/2016) 3. *Agravo regimental a que se nega provimento.*

(AgRg no AREsp 783.130/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 09/03/2016).

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO. ART. 266 DO CPP. AUSÊNCIA DO TRASLADO DO TERMO DE INTERROGATÓRIO. JUNTADA EXTEMPORÂNEA.

I - Nos feitos criminais, constituído o defensor apud acta, de fato, torna-se desnecessária a juntada da procuração aos autos. Não obstante, é imperioso, ao

manejar o agravo de instrumento, o traslado do termo de interrogatório (ex vi do art. 266 do CPP), ônus, in casu, não cumprido pelo agravante.

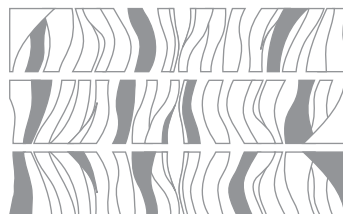
II - Não é possível suprir defeito na formação do instrumento, nesta instância superior, pela ocorrência da preclusão consumativa.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 1.141.844/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2009, DJe 30/11/2009).

Desse modo, devidamente demonstrado que o caso em questão ocorreu a nomeação judicial, desnecessária a juntada de procuração, sendo inaplicável a Súmula 115/STJ.

Ante o exposto, voto por acolher os embargos de divergência e dar provimento ao agravo regimental no agravo em recurso especial, a fim de admitir a interposição de agravo em recurso especial pelo Núcleo de Prática Jurídica sem a apresentação de procuração, por se tratar de nomeação judicial, prosseguindo o Ministro Relator com o exame das demais questões do agravo em recurso especial.



Súmula n. 645

SÚMULA N. 645

O crime de fraude à licitação é formal, e sua consumação prescinde da comprovação do prejuízo ou da obtenção de vantagem.

Referência:

Lei n. 8.666/1993, art. 90.

Precedentes:

RHC	74.812-MA	(5ª T, 21.11.2017 – DJe 04.12.2017)
AgRg no AREsp	1.088.099-MG	(5ª T, 06.02.2018 – DJe 16.02.2018)
HC	373.027-BA	(5ª T, 20.02.2018 – DJe 26.02.2018)
HC	300.910-PE	(5ª T, 27.02.2018 – DJe 06.03.2018)
HC	341.341-MG	(5ª T, 16.10.2018 – DJe 30.10.2018)
RHC	94.327-SC	(5ª T, 13.08.2019 – DJe 19.08.2019)
AgRg no AREsp	1.127.434-MG	(6ª T, 02.08.2018 – DJe 09.08.2018)
AgRg no REsp	1.679.993-RN	(6ª T, 20.03.2018 – DJe 16.04.2018)
		acórdão publicado na íntegra
REsp	1.597.460-PE	(6ª T, 21.08.2018 – DJe 03.09.2018)
AgRg no REsp	1.737.035-RN	(6ª T, 11.06.2019 – DJe 21.06.2019)

Terceira Seção, em 10.2.2021

DJe 18.2.2021

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.679.993-RN
(2017/0152993-0)**

Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro

Relator para o acórdão: Ministro Sebastião Reis Júnior

Agravante: Francisco Roberto Maia

Agravante: Herbeth Florentino Gabriel

Agravante: Marino Eugenio de Almeida

Advogados: Fabiano Falcão de Andrade Filho e outro(s) - RN004030

Carlos Eduardo Ramos Barros e outro(s) - PE024468

Eduardo Antonio Dantas Nobre - RN001476

Boris Marques da Trindade e outro(s) - RN000994A

Eduardo Trindade - PE016427

Agravado: Ministério Público Federal

EMENTA

Agravo regimental em recurso especial. Fraude ao caráter competitivo da licitação. Art. 90 da Lei n. 8.666/1993. Nulidades decorrentes da ausência dos réus e de seus defensores na audiência de inquirição de testemunhas e da consideração da prova ilícita para a condenação. Teses que não foram prequestionadas. Aplicação da Súmula 282/STF. Tipicidade. Crime formal. Aperfeiçoamento com a quebra do caráter competitivo entre os participantes do processo licitatório. Desnecessidade de ocorrência de prejuízo.

1. As alegadas nulidades decorrentes da ausência dos réus e de seus defensores na audiência de inquirição de testemunhas e da consideração de prova ilícita não foram discutidas pelo acórdão recorrido, inexistindo o requisito do prequestionamento. Incidência da Súmula 282/STF.

2. Quanto à tipicidade da conduta, a conclusão obtida pelo Tribunal de origem está em consonância com o entendimento desta Corte de que [...] *o art. 90 da Lei n. 8.666/1993 estabelece "um crime em que o resultado exigido pelo tipo penal não demanda a ocorrência de prejuízo econômico para o poder público, haja vista que a prática delitiva*

se aperfeiçoa com a simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada com a frustração ou com a fraude no procedimento licitatório” (REsp n. 1.498.982/SC, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 18/4/2016). Precedentes.

3. Dosimetria. Ilegalidade. Não se justifica o aumento da pena sob o argumento de que as circunstâncias são negativas em razão de os agravantes simplesmente responderem outras ações semelhantes, sem que elas tenham condenação transitada em julgado e após ter sido reconhecido serem possuidores de bons antecedentes e serem primários. Também não se sustenta usar elementos do próprio tipo penal – o delito impossibilitou a chance de ser selecionada a proposta efetivamente mais vantajosa ao Poder Público, sendo prejuízo ínsito à quebra da competitividade inerente ao certame – para majorar a pena a título de consequências negativas. Possibilidade de concessão de ordem de ofício.

4. Agravo regimental desprovido. Ordem concedida de ofício para fixar a pena final em 2 anos e 4 meses de detenção, em regime aberto, podendo, presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, ser a pena substituída por restritivas de direitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental e, por maioria, conceder a ordem de ofício nos termos do voto do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, que lavrará o acórdão. Vencidos, nessa parte, os Srs. Ministros Relator e Maria Thereza de Assis Moura. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator, quanto a negar provimento ao agravo regimental. Votaram com o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro, quanto a conceder a ordem de ofício.

Brasília (DF), 20 de março de 2018 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 16.4.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro: Trata-se de agravo regimental interposto por FRANCISCO ROBERTO MAIA, HERBETH FLORENTINO GABRIEL e MARINO EUGENIO DE ALMEIDA contra decisão na qual conheci parcialmente do recurso especial e, nessa parte, neguei-lhe provimento.

Consta nos autos que os recorrentes foram condenados, pela prática do crime previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/1993 (frustrar ou fraudar o caráter competitivo de procedimento licitatório), à pena total de 3 anos de detenção, a ser cumprida em regime inicialmente aberto (e-STJ fls. 486/504).

O recurso de apelação da defesa foi desprovido em acórdão assim ementado (e-STJ fls. 738/739):

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO. ART. 90, DA LEI N. 8.666/1993. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVAÇÃO. NULIDADES. INOCORRÊNCIA. PREJUÍZO. IRRELEVÂNCIA. CRIME DE NATUREZA FORMAL.

1. Apelação criminal interposta por HEBERT FLORENTINO GABRIEL, FRANCISCO ROBERTO MAIA e MARINO EUGÊNIO DE ALMEIDA, qualificados nos autos, contra sentença que julgou procedente a ação penal, condenando-os pela prática do crime previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/93 ("Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório"), à pena de 03 (três) anos de detenção e de multa, no valor de 3% sobre o valor do contrato celebrado pela Empresa Brasileira de Trens Urbanos - CBTU.

2. Narra a denúncia, investigações policiais deram conta de esquema de conluio levado a efeito pelas empresas do Grupo Emvipol a fim de que estas saíssem vitoriosas de processos licitatórios, em violação ao caráter competitivo do certame. Narra, ainda, que os apelantes seriam responsáveis pela prática de fraude à licitação promovida pela CBTU em dezembro de 2004, na qual se sagrou vencedora a empresa Natal Tecnologia e Segurança Ltda. (NTS), gerida por aqueles e integrante do precitado Grupo Emvipol.

3. Em suas razões recursais, os apelantes alegam: a) nulidade decorrente da ausência de intimação da defesa técnica para acompanhar a oitiva de testemunha no juízo deprecado; b) invalidade de prova ("mapa de acompanhamento") supostamente apreendida, com base em mandado de busca e apreensão, na residência de um dos réus, mas não arrolada no Auto Circunstanciado; e c) ausência de dano ao erário oriundo da conduta praticada pelos recorrentes, a afastar tipicidade desta.

4. A defesa foi intimada da expedição da deprecata para oitiva da testemunha de defesa, o que, nos termos da Súmula n. 273 do STJ («Intimada a defesa da expedição

da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado”), torna desnecessária a intimação da data de realização de audiência no juízo deprecado. Precedentes.

*5. Ademais, a aludida testemunha nada acrescentou à elucidação dos fatos, não tendo servido de fundamento à sentença condenatória, incorrendo, pois, prejuízo à defesa. Inteligência do princípio *pas de nullité sans grief* e do art. 563 do CPP (“Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação, ou para a defesa”). Vencido o Relator que entendia haver prejuízo à defesa.*

6. Afastada a preliminar de invalidade de prova (“mapa de acompanhamento”) apreendida, com base em mandado de busca e apreensão, na residência de um dos réus, mas não arrolada especificamente no Auto Circunstanciado. Excerto da sentença transcrito e adotado como razão de decidir: «(...) não se vislumbra qualquer irregularidade pelo fato de as autoridades responsáveis pelas diligências terem apreendido os documentos e objetos que pareceram úteis, num primeiro momento, ao deslinde do feito, inventariando-os de forma genérica, para posteriormente lavrarem um auto circunstanciado e fazerem uma análise criteriosa e detalhada da documentação apreendida, não se vislumbrando qualquer vício nesse procedimento. Isso porque, além de a diligência ter sido realizada com o respaldo judicial, é certo que a apreensão de uma grande quantidade de documentação entre os pertences de um dos réus inviabilizaria, por completo, o sucesso e conclusão ágil do cumprimento dos mandados se os policiais tivessem que descrever detalhadamente, naquela ocasião, o conteúdo de cada pasta, agenda, arquivos de computadores, somente passíveis de identificação pormenorizada de cada elemento apreendido em momento posterior (...).”

7. Por tratar o tipo penal descrito no art. 90 da Lei n. 8.666/93 de crime de natureza formal, despicienda se mostra a análise acerca da existência ou não de prejuízo ao erário e/ou obtenção de vantagem indevida, sendo suficiente para a configuração do delito a conduta destinada a afastar a competitividade do certame. Precedentes.

8. Não merece reproche o comando decisório de 1º grau, porquanto o Magistrado seguiu, com precisão e ponderação, á análise de todos os elementos coligidos aos autos.

Apelação improvida.

No apelo nobre, apontaram os recorrentes violação aos arts. 155 e 564, III, ambos do Código de Processo Penal, além de divergência jurisprudencial. Argumentaram, em síntese, a nulidade do feito pela ausência dos recorrentes e de seus defensores na audiência de intimação de testemunhas e também pela consideração de prova ilícita para a condenação, e, ainda, a atipicidade da conduta perpetrada em virtude da não comprovação de prejuízo ao erário.

No *decisum* de e-STJ fls. 1.020/1.026, conheci parcialmente do recurso especial, em virtude da aplicação da Súmula n. 282/STF quanto às nulidades

alegadas e, na parte conhecida, neguei-lhe provimento porque ratifiquei o entendimento do Tribunal de origem de que o delito do art. 90 da Lei n. 8.666/1993 se aperfeiçoa com a quebra do caráter competitivo entre os participantes do processo licitatório, sem exigência de prejuízo ao erário.

Os recorrentes interpõem o presente agravo regimental, no qual rechaçam a aplicação da Súmula n. 282/STF, além de afirmarem que, “*conquanto se colecionam julgados proclamadores de que tal crime se classifica como delito de consumação antecipada e, assim, de natureza formal (Ribeiro Dantas, HC 384.302; Rogério Schietti Cruz, REsp 1.484.415; Joel Ilan Paciornik, AgRg no REsp 1.387.099 etc), encontram-se, também, arestos que proclamam a natureza material do referido delito, nos quais se defende a tese de que o crime definido no art. 90, da Lei de Licitações, exige, para a sua consumação, o resultado danoso, isto é, o dano ao erário, o prejuízo material à Administração Pública*” (e-STJ fl. 1.037).

Assim, requerem que seja reconsiderada a decisão agravada ou que o presente recurso seja levado para apreciação da Turma competente e que o recurso especial seja provido.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (Relator): O recurso não apresenta argumento capaz de desconstituir os fundamentos que embasaram a decisão ora impugnada, de forma que merece ser integralmente mantida.

De fato, conforme asseverado no *decisum* embargado, quanto às alegadas nulidades decorrentes da ausência dos réus e de seus defensores na audiência de inquirição de testemunhas e também da consideração de prova ilícita para a condenação, *não houve debate de forma específica na origem* e nem a oportuna provocação do exame da *quaestio* por meio de embargos de declaração (os aclaratórios opostos não trataram de tais temas). Em tal particularidade, ausente o necessário requisito do prequestionamento (Súmulas n. 282 e 356/STF).

A propósito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA. ERRO MATERIAL NO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. REGIME SEMIABERTO. ART. 33, § 2º, “b”, e § 3º, DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A suposta existência de erro material na fixação da reprimenda não foi tratada pelo acórdão recorrido e tampouco foram opostos embargos de declaração para sanar o suposto defeito. Aplica-se, por analogia, as Súmulas 282 e 356 do STF.

[...]

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 980.386/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 17/03/2017)

Lado outro, quanto à tipicidade da conduta, repiso que a conclusão obtida pelo Tribunal de origem está em consonância com o entendimento desta Corte de que “o art. 90 da Lei n. 8.666/1993 estabelece um ‘crime em que o resultado exigido pelo tipo penal não demanda a ocorrência de prejuízo econômico para o poder público, haja vista que a prática delitativa se aperfeiçoa com a simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada com a frustração ou com a fraude no procedimento licitatório” (REsp n. 1.498.982/SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 18/4/2016).

Confirmam-se, ainda, a respeito, os seguintes julgados:

PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE FRUSTRAÇÃO OU FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO (LEI 8.666/1993, ART. 90). ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E INÉPCIA DA DENÚNCIA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. PERDA DO OBJETO. TIPICIDADE DO ART. 90 DA LEI N. 8.666/1993. DOLO ESPECÍFICO. EXISTÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. INTENÇÃO DE OBTER PARA SI OU PARA OUTREM A ADJUDICAÇÃO DO OBJETO LICITADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

4. O crime do art. 90 da Lei n. 8.666/1993 é formal, ou de consumação antecipada, bastando a frustração do caráter competitivo do procedimento licitatório com o mero ajuste, combinação ou outro expediente, constatação que fulmina o argumento da necessidade de prejuízo ao erário, sendo este mero exaurimento do crime, elemento a ser valorado por ocasião da fixação da pena-base.

5. **Advirta-se que sequer é possível invocar jurisprudência relativa ao crime de dispensa ou inexigibilidade ilegal de licitação (Lei n. 8.666/1993, art. 89, caput), haja vista ser dominante do Supremo Tribunal Federal o entendimento no sentido da desnecessidade da prova do dano ao erário, mas apenas o dolo específico de causar prejuízo ao erário.** Ademais, o tipo do art. 89, parágrafo único, da Lei de Licitações, exceção à teoria monista, cria tipo autônomo para o terceiro diverso do agente público responsável pelo procedimento de dispensa ou inexigibilidade, que com ele concorre para irregular dispensa ou inexigibilidade, beneficiando-se. Perceba-se, pois, que é elemento descritivo do tipo o resultado material da dispensa ou inexigibilidade da licitação, que é a efetiva adjudicação

do objeto ao autor do crime descrito, ao contrário do crime da cabeça do artigo, cujo sujeito ativo é o agente público.

6. Os crimes do caput e do parágrafo único do art. 89 da Lei n. 8.666/1993, visto que distintos, possuem o elemento subjetivo comum de causar prejuízo ao erário por meio da dispensa ou inexigibilidade indevida, nos termos da jurisprudência dominante colacionada. **Diversa é a situação do crime do art. 90 da referida Lei, cujo dolo específico exigido no elemento subjetivo do tipo é a intenção de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação, após frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, por meio diverso do constante do crime do art. 89. Por conseguinte, o dolo específico exigido para o crime do art. 90 é a adjudicação do objeto licitado ou vantagem correlata, não necessariamente o dano ao erário, como prescreve a jurisprudência para o crime do art. 89, ambos, como se afirmou, da Lei n. 8.666/1993.**

[...]

8. Habeas corpus não conhecido. (HC 384.302/TO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 09/06/2017, grifei)

PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FRAUDE EM LICITAÇÃO. QUEBRA DO CARÁTER COMPETITIVO. ART. 90 DA LEI N. 8.666/93. DESNECESSIDADE DE PREJUÍZO AO ERÁRIO PÚBLICO. DISPENSABILIDADE DA LICITAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SUMULA 7/STJ. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. **O entendimento desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que o delito do art. 90 da Lei de Licitação prescinde da existência de dano ao erário, “haja vista que o dano se revela pela simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada com a frustração ou com a fraude no procedimento licitatório” (REsp 1.484.415/DF, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 22/02/2016).**

[...]

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 638.139/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 09/11/2016, grifei)

PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FRAUDE EM LICITAÇÃO. QUEBRA DO CARÁTER COMPETITIVO. DESNECESSIDADE DE PREJUÍZO AO ERÁRIO PÚBLICO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL JUSTIÇA - STJ. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. **Firme nesta Corte o entendimento de que o delito do art. 90 da Lei de Licitação prescinde do prejuízo, “haja vista que o dano se revela pela simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada com a frustração ou com a fraude no procedimento licitatório” (REsp 1.484.415/DF, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 22/02/2016).**

Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1.387.099/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 31/08/2016, grifei)

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DE LICITAÇÃO E USO DE DOCUMENTO FALSO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. LAPSO NÃO TRANSCORRIDO. DOSIMETRIA DA PENA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. SÚMULA 7 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO DE FORMA IDÔNEA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A ADMINISTRAÇÃO. IRRELEVÂNCIA PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 90 DA LEI N. 8.666/1993.

[...]

6. Conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial, o resultado naturalístico, consistente em efetivo prejuízo para a Administração e a obtenção de vantagem pelo agente são irrelevantes para a configuração do delito previsto no art. 90 da Lei de Licitações.

7. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1.549.735/RN, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 17/02/2016, grifei)

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo regimental.*

É o voto.

VOTO-VENCEDOR

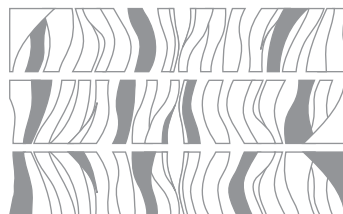
O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Acompanho o Relator quanto ao desprovemento do agravo regimental.

No entanto, li a sentença e entendo que realmente cabe aqui a concessão de *habeas corpus* de ofício no que se refere à dosimetria. O fato de a questão aqui posta não ter sido superada não impede a concessão de ordem de ofício, tendo em vista que se trata, ao meu ver, de ilegalidade patente.

A culpabilidade está plenamente justificada. O mesmo não ocorre, porém, quanto às circunstâncias – foi considerado o fato de os agravantes responderem a outras ações por fatos semelhantes, ações essas que não afastaram a condição de primários e possuidores de bons antecedentes – e às consequências – o argumento de que o delito impossibilitou a chance de ser selecionada a proposta efetivamente mais vantajosa ao Poder Público, sendo o prejuízo ínsito à quebra da competitividade inerente ao certame, é, para mim, próprio do tipo penal. Assim, entendo que tais circunstâncias de aumento de pena não podem prevalecer.

O reconhecimento de três circunstâncias implicou o aumento da pena em 1 ano (mínimo de 2 anos, sendo ela fixada em 3 anos), considerando que excludo, aqui, duas das três circunstâncias negativas consideradas, fixo a pena final em 2 anos e 4 meses.

Assim, *nego provimento* ao agravo regimental, mas *concedo* a ordem de ofício para fixar a pena final em 2 anos e 4 meses de detenção, em regime aberto, podendo, presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, ser a pena substituída por restritivas de direitos.



Súmula n. 646

SÚMULA N. 646

É irrelevante a natureza da verba trabalhista para fins de incidência da contribuição ao FGTS, visto que apenas as verbas elencadas em lei (art. 28, § 9º, da Lei n. 8.212/1991), em rol taxativo, estão excluídas da sua base de cálculo, por força do disposto no art. 15, § 6º, da Lei n. 8.036/1990.

Referências:

Lei n. 8.036/1990, art. 15, *caput* e § 6º.

Lei n. 8.212/1991, art. 28, § 9º.

Súmula n. 353-STJ.

Precedentes:

**AgRg no REsp 1.551.306-RS (1ª T, 27.10.2015 – DJe 10.11.2015) –
acórdão publicado na íntegra**

AgRg no REsp 1.499.609-SC (1ª T, 02.06.2015 – DJe 10.06.2015)

AgInt no AgInt
no REsp 1.476.201-SC (1ª T, 13.09.2016 – DJe 20.09.2016)

AgInt no REsp 1.567.234-SC (1ª T, 21.03.2017 – DJe 31.03.2017)

AgInt no REsp 1.484.939-PE (1ª T, 10.10.2017 – DJe 13.12.2017)

AgRg no REsp 1.531.922-SC (2ª T, 20.08.2015 – DJe 11.09.2015)

AgRg no REsp 1.526.754-RN (2ª T, 10.11.2015 – DJe 20.11.2015)

AgRg no REsp 1.464.272-SC (2ª T, 07.04.2016 – DJe 15.04.2016)

AgInt no REsp 1.596.573-SC (2ª T, 04.10.2016 – DJe 11.10.2016)

AgInt no REsp 1.681.135-RS (2ª T, 05.04.2018 – DJe 10.04.2018)

AgInt no REsp 1.725.145-RS (2ª T, 02.10.2018 – DJe 22.10.2018)

Primeira Seção, em 10.3.2021

DJe 15.3.2021

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.551.306-RS
(2015/0212382-0)**

Relator: Ministro Benedito Gonçalves
Agravante: Future Industria de Couros Ltda
Advogados: Alice Bunn Ferrari e outro(s)
 Marcelo Gustavo Hauschid
Agravado: Caixa Econômica Federal
Advogado: Karine Volpato Galvani e outro(s)
Agravado: Fazenda Nacional

EMENTA

Processual Civil. Tributário. Agravo regimental no recurso especial. Contribuição ao FGTS. Incidência sobre primeiros quinze dias que antecedem o auxílio-doença, férias indenizadas, aviso prévio indenizado, terço constitucional de férias e décimo terceiro salário proporcional.

1. “Pacificou-se o posicionamento de que apenas verbas expressamente delineadas em lei podem ser excluídas do alcance de incidência do FGTS. Desse modo, o FGTS recai sobre o terço constitucional de férias, o aviso prévio indenizado, os valores pagos nos quinze dias que antecedem os auxílios doença e acidente, as férias gozadas e o salário-maternidade, pois não há previsão legal específica acerca da sua exclusão, não podendo o intérprete ampliar as hipóteses legais de não incidência” (AgRg no REsp 1.531.922/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 11/09/2015). Precedentes: REsp 1.436.897/ES, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 19.12.2014; REsp 1.384.024/ES, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 3.3.2015.

2. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por

unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sérgio Kukina (Presidente), Regina Helena Costa, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de outubro de 2015 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 10.11.2015

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão proferida em recurso especial, cuja ementa possui o seguinte teor (fl. 691):

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PARA FGTS. INCIDÊNCIA SOBRE: PRIMEIROS QUINZE DIAS QUE ANTECEDEM O AUXÍLIO-DOENÇA, FÉRIAS INDENIZADAS, AVISO-PRÉVIO INDENIZADO, TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS E DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO PROPORCIONAL. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

Em suas razões, o agravante sustenta que não incide contribuição ao FGTS, bem como as contribuições previdenciárias sobre verbas de natureza indenizatória.

Ao final, pleiteia a reconsideração da decisão agravada ou, se mantida, seja o agravo levado a julgamento na Primeira Turma.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): O recurso não merece prosperar.

A jurisprudência do STJ consolidou o entendimento de que o FGTS é um direito autônomo dos trabalhadores, de índole social e trabalhista, não possuindo caráter de imposto nem de contribuição previdenciária. Dessa forma, irrelevante a natureza da verba trabalhista, se é remuneratória ou indenizatória, para fins de incidência de sua contribuição.

Assim, somente em relação às verbas expressamente excluídas pela lei é que não haverá a incidência do FGTS.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. CONTRIBUIÇÃO PARA FGTS. INCIDÊNCIA SOBRE O SALÁRIO-MATERNIDADE, FÉRIAS GOZADAS, AVISO-PRÉVIO INDENIZADO, TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS GOZADAS E PRIMEIROS QUINZE DIAS DE AUXÍLIO-DOENÇA/ACIDENTE.

1. A alegação genérica de violação do art. 535 do Código de Processo Civil, sem explicitar os pontos em que teria sido omissa o acórdão recorrido, atrai a aplicação do disposto na Súmula 284/STF.

2. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, o FGTS trata de um direito autônomo dos trabalhadores urbanos e rurais de índole social e trabalhista, não possuindo caráter de imposto e nem de contribuição previdenciária. Logo, não é possível a sua equiparação com a sistemática utilizada para fins de incidência de contribuição previdenciária e imposto de renda, de modo que é irrelevante a natureza da verba trabalhista (remuneratória ou indenizatória/compensatória) para fins de incidência da contribuição ao FGTS. Precedentes.

3. O rol do art. 28, § 9º, da Lei n. 8.212/91 é taxativo. Assim, da interpretação sistemática do referido artigo e do art. 15, *caput* e § 6º, da Lei n. 8.036/90, verifica-se que, somente em relação às verbas expressamente excluídas pela lei, não haverá a incidência do FGTS. Desse modo, *impõe-se a incidência do FGTS sobre o aviso-prévio indenizado, o terço constitucional de férias gozadas, os quinze primeiros dias de auxílio-doença/acidente, o salário-maternidade e sobre as férias gozadas.* Precedentes.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.499.609/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 10/06/2015).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. **FGTS. INCIDÊNCIA SOBRE O TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS.** RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC.

2. O FGTS trata-se de um direito autônomo dos trabalhadores urbanos e rurais de índole social e trabalhista, não possuindo caráter de imposto e nem de contribuição previdenciária. Assim, não é possível a sua equiparação com a sistemática utilizada para fins de incidência de contribuição previdenciária e imposto de renda, de modo que é irrelevante a natureza da verba trabalhista

(remuneratória ou indenizatória/compensatória) para fins de incidência da contribuição ao FGTS.

3. Realizando uma interpretação sistemática da norma de regência, verifica-se que somente em relação às verbas expressamente excluídas pela lei é que não haverá a incidência do FGTS. Desse modo, impõe-se a incidência do FGTS sobre o terço constitucional de férias (gozadas), pois não há previsão legal específica acerca da sua exclusão, não podendo o intérprete ampliar as hipóteses legais de não incidência. Cumpre registrar que a mesma orientação é adotada no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, que 'tem adotado o entendimento de que incide o FGTS sobre o terço constitucional, desde que não se trate de férias indenizadas' (RR - 81300-05.2007.5.17.0013, Relator Ministro: Pedro Paulo Manus, Data de Julgamento: 07/11/2012, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/11/2012).

4. Ressalte-se que entendimento em sentido contrário implica prejuízo ao empregado que é o destinatário das contribuições destinadas ao Fundo, efetuadas pelo empregador.

5. Recurso especial não provido."

(REsp 1.436.897/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 19/12/2014)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. DEVIDO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES RECURSAIS. LEGITIMIDADE DA UNIÃO. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. ILEGITIMIDADE DO INSS. FGTS. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. INCIDÊNCIA.

1. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. O recurso especial carece de interesse recursal quanto à alegação de legitimidade passiva da União, visto que as instâncias ordinárias em nenhum momento a excluíram da lide, limitando a reconhecer apenas a ilegitimidade passiva do INSS.

3. O INSS não possui legitimidade passiva para figurar em ações concernentes à inexigibilidade de FGTS.

4. Legítima a incidência de FGTS sobre o terço constitucional de férias, visto que apenas as verbas expressamente elencadas em lei podem ser excluídas do alcance de incidência do referido fundo. REsp 1.436.897/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 19/12/2014.

Recurso especial conhecido em parte e improvido.

(REsp 1.384.024/ES, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 3/3/2015).

Tendo em vista que as razões do presente agravo já foram suficientemente rebatidas pela decisão ora agravada, não vislumbro a necessidade de tecer nenhuma consideração complementar à devida fundamentação deste julgado.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo regimental.

É como voto.



Súmula n. 647

SÚMULA N. 647

São imprescritíveis as ações indenizatórias por danos morais e materiais decorrentes de atos de perseguição política com violação de direitos fundamentais ocorridos durante o regime militar.

Referências:

CF/1988, arts. 1º, III e 5º, III.

ADCT, art. 8º, § 3º.

Lei n. 9.140/1995, art. 11.

Lei n. 10.536/2002.

Lei n. 10.559/2002, art. 6º, § 6º.

Dec. n. 20.910/1932, art. 1º.

Dec. n. 592/1992, arts. 2º e 7º.

Precedentes:

EREsp 816.209-RJ (1ª S, 28.10.2009 – DJe 10.11.2009)

**EREsp 845.228-RJ (1ª S, 08.09.2010 – DJe 16.09.2010)
– acórdão publicado na íntegra**

AgInt no REsp 1.590.332-RS (1ª T, 21.06.2016 – DJe 28.06.2016)

AgInt no AREsp 711.976-RJ (1ª T, 03.05.2018 – DJe 12.06.2018)

AgInt no REsp 1.602.586-PE (1ª T, 07.02.2019 – DJe 12.02.2019)

AgRg no REsp 1.392.941-RS (2ª T, 26.11.2013 – DJe 04.12.2013)

AgRg nos EDcl
no REsp 1.328.303-PR (2ª T, 05.03.2015 – DJe 11.03.2015)

AgInt no REsp 1.710.240-RS (2ª T, 08.05.2018 – DJe 14.05.2018)

AgInt no REsp 1.489.263-RS (2ª T, 21.06.2018 – DJe 28.06.2018)

REsp 1.771.299-RS (2ª T, 23.04.2019 – DJe 30.05.2019)

Primeira Seção, em 10.3.2021

DJe 15.3.2021

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 845.228-RJ
(2008/0067756-3)**

Relator: Ministro Humberto Martins

Embargante: União

Embargado: Danilo Carneiro

Advogado: Paulo Sérgio da Costa Martins e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Indenização por danos materiais e morais. Regime militar. Tortura. Imprescritibilidade. Inaplicabilidade do art. 1º do Decreto n. 20.910/1932. Súmula 168/STJ.

1. A Primeira Seção do STJ pacificou o entendimento de que as ações indenizatórias por danos morais e materiais decorrentes de atos de tortura, ocorridos durante o Regime Militar de exceção, são imprescritíveis. Inaplicabilidade do prazo prescricional do art. 1º do Decreto n. 20.910/1932. Precedente: EREsp 816.209/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 10.11.2009.

2. A Constituição Federal não estipulou lapso prescricional à faculdade de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade; assim, eventual violação dos direitos humanos ou direitos fundamentais da pessoa humana, enseja ação de reparação *ex delicto* imprescritível, com fundamento constitucional no art. 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

3. Com efeito, tendo a jurisprudência se firmado no sentido do acórdão embargado, incide à hipótese dos autos a Súmula 168 desta Corte: “*Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado*”.

Embargos de divergência não conhecidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça: “A

Seção, por unanimidade, não conheceu dos embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido, Luiz Fux, Castro Meira e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 08 de setembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 16.9.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de embargos de divergência opostos pela *União* contra acórdão da Primeira Turma desta Corte que entendeu pela imprescritibilidade da ação de danos morais decorrente de torturas praticadas durante o período militar, resultando assim ementado (fls. 394/427-e):

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. REGIME MILITAR. DISSIDENTE POLÍTICO PRESO NA ÉPOCA DO REGIME MILITAR. TORTURA. DANO MORAL. FATO NOTÓRIO. NEXO CAUSAL. NÃO INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - ART. 1º DECRETO 20.910/1932. IMPRESCRITIBILIDADE.

1. Ação ordinária proposta com objetivo de reconhecimento dos efeitos previdenciários e trabalhistas, acrescidos de danos materiais e morais, em face do Estado, pela prática de atos ilegítimos decorrentes de perseguições políticas perpetradas por ocasião do golpe militar de 1964, que culminaram na prisão do autor, bem como na sua tortura, cujas conseqüências alega irreparáveis.

2. Prova inequívoca da perseguição política à vítima e de imposição, por via oblíqua, de sobrevivência clandestina, atentando contra a dignidade da pessoa humana, acrescido do fato de ter sido atingida a sua capacidade laboral quando na prisão fora torturado, impedindo atualmente seu auto sustento.

3. A indenização pretendida tem amparo constitucional no art. 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Precedentes.

4. Deveras, a tortura e morte são os mais expressivos atentados à dignidade da pessoa humana, valor erigido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

5. Sob esse ângulo, dispõe a Constituição Federal:

'Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;'

'Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes;

(...)

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;'

6. Destarte, o egrégio STF assentou que:

'...o delito de tortura - por comportar formas múltiplas de execução - caracteriza-se pela inflição de tormentos e suplícios que exasperam, na dimensão física, moral ou psíquica em que se projetam os seus efeitos, o sofrimento da vítima por atos de desnecessária, abusiva e inaceitável crueldade. - A norma inscrita no art. 233 da Lei n. 8.069/90, ao definir o crime de tortura contra a criança e o adolescente, ajusta-se, com extrema fidelidade, ao princípio constitucional da tipicidade dos delitos (CF, art. 5º, XXXIX). A TORTURA COMO PRÁTICA INACEITÁVEL DE OFENSA À DIGNIDADE DA PESSOA. A simples referência normativa à tortura, constante da descrição típica consubstanciada no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, o gesto ominoso de ofensa à dignidade da pessoa humana. A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete - enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva - um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo.' (HC 70.389/SP, Rel. p. Acórdão Min. Celso de Mello, DJ 10/08/2001)

7. À luz das cláusulas pétreas constitucionais, é juridicamente sustentável assentar que a proteção da dignidade da pessoa humana perdura enquanto subsiste a República Federativa, posto seu fundamento.

8. Consectariamente, não há falar em prescrição da ação que visa implementar um dos pilares da República, máxime porque a Constituição não estipulou lapso prescricional ao direito de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade.

9. Outrossim, a Lei 9.140/95, que criou as ações correspondentes às violações à dignidade humana, perpetradas em período de supressão das liberdades públicas, previu a ação condenatória no art. 14, sem estipular-lhe prazo prescricional, por isso que a lex specialis convive com a lex generalis, sendo incabível qualquer aplicação

análoga do Código Civil no afã de superar a reparação de atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana, como sói ser a dignidade retratada no respeito à integridade física do ser humano.

10. *Adjuntem-se à lei interna, as inúmeras convenções internacionais firmadas pelo Brasil, a começar pela Declaração Universal da ONU, e demais convenções específicas sobre a tortura, tais como a Convenção contra a Tortura adotada pela Assembléia Geral da ONU, a Convenção Interamericana contra a Tortura, concluída em Cartagena, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).*

11. *A dignidade humana violentada, in casu, decorreu do fato de ter sido o autor torturado- revelando flagrante atentado ao mais elementar dos direitos humanos, os quais, segundo os tratadistas, são inatos, universais, absolutos, inalienáveis e imprescritíveis.*

12. *Inequívoco que foi produzida importante prova indiciária representada pelos comprovantes de tratamento e pelas declarações médicas que instruem os autos, consoante se extrai da sentença de fls. 72/79.*

13. *A exigibilidade a qualquer tempo dos consectários às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1º que ‘todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.’*

14. *Deflui da Constituição federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual.*

15. *O egrégio STJ, em oportunidades ímpares de criação jurisprudencial, vaticinou:*

‘RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRISÃO, TORTURA E MORTE DO PAI E MARIDO DAS RECORRIDAS. REGIME MILITAR. ALEGADA PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. LEI N. 9.140/95. RECONHECIMENTO OFICIAL DO FALECIMENTO, PELA COMISSÃO ESPECIAL DE DESAPARECIDOS POLÍTICOS, EM 1996. DIES A QUO PARA A CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL.

A Lei n. 9.140, de 04.12.95, reabriu o prazo para investigação, e conseqüente reconhecimento de mortes decorrentes de perseguição política no período de 2 de setembro de 1961 a 05 de outubro de 1998, para possibilitar tanto os registros de óbito dessas pessoas como as indenizações para reparar os danos causados pelo Estado às pessoas perseguidas, ou ao seu cônjuge, companheiro ou companheira, descendentes, ascendentes ou colaterais até o quarto grau.

(...)

...em se tratando de lesão à integridade física, deve-se entender que esse direito é imprescritível, pois não há confundi-lo com seus efeitos patrimoniais reflexos e dependentes.

'O dano noticiado, caso seja provado, atinge o mais consagrado direito da cidadania: o de respeito pelo Estado à vida e de respeito à dignidade humana. O delito de tortura é hediondo. A imprescritibilidade deve ser a regra quando se busca indenização por danos morais conseqüentes da sua prática' (REsp n. 379.414/PR, Rel. Min. José Delgado, in DJ de 17.02.2003).

Recurso especial não conhecido.' (REsp 449.000/PE, 2ª T., Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 3/06/2003)

16. *Recurso especial provido para afastar in casu a aplicação da norma inserta no art. 1º do Decreto n. 20.910/32, determinando o retorno dos autos à instância de origem, para que dê prosseguimento ao feito."*

Sustenta a embargante, em resumo, divergência jurisprudencial ***no tocante ao prazo prescricional das ações que visem reparação de danos morais em decorrência práticas de tortura, no período militar.*** Aduz a embargante que o prazo prescricional é vintenário.

Aponta como paradigma o seguinte acórdão da Segunda Turma:

"RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. GOVERNO MILITAR. PERSEGUIÇÃO, TORTURA E PRISÃO ARBITRÁRIA. DANOS MORAIS. NÃO-OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DANOS PATRIMONIAIS. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1º DO DECRETO N. 20.910/32. OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO.

Cuida-se de ação de indenização por danos morais e materiais contra a União por vítima de violência dos órgãos de Segurança Pública, durante o Governo Militar, sob alegação de que foi perseguido, torturado e preso arbitrariamente por agentes oficiais.

Na lição de Alexandre de Moraes, os direitos humanos fundamentais são 'o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana' (Direitos Humanos Fundamentais, 4ª ed., Atlas, São Paulo: 2002, p. 39).

Em se tratando de lesão à integridade física, que é um direito fundamental, ou se deve entender que esse direito é imprescritível, pois não há confundi-lo com seus efeitos patrimoniais reflexos e dependentes, ou a prescrição deve ser a mais ampla possível, que, na ocasião, nos termos do artigo 177 do Código Civil então vigente, era de vinte anos.

A respeito do tema, a colenda Primeira Turma desta egrégia Corte, no julgamento de questão atinente à responsabilidade civil do Estado por prática de tortura no período militar, salientou que, 'em casos em que se postula a defesa de direitos fundamentais, indenização por danos morais decorrentes de atos de tortura por motivo político ou de qualquer outra espécie, não há que prevalecer a imposição quinquenal prescritiva'. Nesse diapasão, concluiu que 'a imposição do Decreto n. 20.910/1932 é para situações de normalidade e quando não há violação a direitos fundamentais protegidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e pela Constituição Federal' (REsp 379.414/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 17.2.2003).

Saliente-se, no entanto, quanto aos danos patrimoniais, que os efeitos meramente patrimoniais do direito devem sempre observar o lustro prescricional do Decreto n. 20.910/32, pois não faz sentido que o erário público fique sempre com a espada de Damocles sobre a cabeça e sujeito a indenizações ou pagamentos de qualquer outra espécie por prazo demasiadamente longo. Daí porque, quando se reconhece direito deste jaez, ressalva-se que quaisquer parcelas condenatórias referentes aos danos patrimoniais só deverão correr nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

In casu, o termo a quo do prazo prescricional deve ser contado do Decreto Estadual n. 577/91. Com efeito, conforme ressaltou o autor, em sua petição inicial, o acesso ao Arquivo Público do Estado do Paraná, que comprovava os fatos ocorridos contra o autor, 'só foi possível após o Decreto Estadual n. 577, de 11 de julho de 1991, que determinou a sua abertura ao público, e onde se encontram documentos comprobatórios das barbáries praticadas contra o Autor' (fl. 07).

Conclui-se, pois, que ocorreu a prescrição apenas quanto aos danos patrimoniais. Com efeito, como a ação foi ajuizada em 18 de julho de 1997 e o Decreto Estadual n. 577 data de 11 de julho de 1991, verifica-se a ocorrência da prescrição quinquenal aplicada aos danos patrimoniais, e não da prescrição vintenária aplicada aos danos morais.

Recurso especial provido em parte, para concluir pela ocorrência de prescrição apenas quanto aos danos patrimoniais."

(REsp 475.625/PR, Rel. p/ acórdão Min. Franciulli Netto, DJ 20.3.2006.)

Admiti o processamento dos presentes embargos de divergência, conforme decisão de fls. 475/481-e.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento dos embargos de divergência (fls.501/506-e).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Os presentes embargos de divergência não merecem conhecimento.

A Primeira Seção do STJ pacificou o entendimento de que as ações indenizatórias por danos morais e materiais decorrentes de atos de tortura, ocorridos durante o Regime Militar de exceção, são imprescritíveis. Inaplicabilidade do prazo prescricional do art. 1º do Decreto n. 20.910/1932.

A propósito:

“ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. REGIME MILITAR. TORTURA. IMPRESCRITIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ART. 1º DO DECRETO 20.910/1932.

1. As ações indenizatórias por danos morais e materiais decorrentes de atos de tortura ocorridos durante o Regime Militar de exceção são imprescritíveis. Inaplicabilidade do prazo prescricional do art. 1º do Decreto 20.910/1932.

2. Evolução da jurisprudência do STJ.

3. Embargos de divergência conhecidos e não providos.”

(EResp 816.209/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 28.10.2009, DJe 10.11.2009.)

No mesmo sentido, os seguintes precedentes:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. REGIME MILITAR. PERSEGUIÇÃO E PRISÃO POR MOTIVOS POLÍTICOS. IMPRESCRITIBILIDADE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INAPLICABILIDADE DO ART. 1º DO DECRETO N. 20.910/32. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS.

1. Ação Ordinária de indenização, proposta em face da União, objetivando a condenação da demandada ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes das torturas físicas, morais e psicológicas sofridas durante o regime militar.

2. A violação aos direitos humanos ou direitos fundamentais da pessoa humana, como sói ser a proteção da sua dignidade lesada pela tortura e prisão por delito de opinião durante o Regime Militar de exceção enseja ação de reparação ex delicto imprescritível, e ostenta amparo constitucional no art. 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

3. À luz das cláusulas pétreas constitucionais, é juridicamente sustentável assentar que a proteção da dignidade da pessoa humana perdura enquanto subsiste a República Federativa, posto seu fundamento.

4. Consectariamente, não há falar em prescrição da pretensão de se implementar um dos pilares da República, máxime porque a Constituição não estipulou lapso prescricional ao direito de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade.

5. *Outrossim, a Lei n. 9.140/95, que criou as ações correspondentes às violações à dignidade humana, perpetradas em período de supressão das liberdades públicas, previu a ação condenatória no art. 14, sem cominar prazo prescricional, por isso que a lex specialis convive com a lex generalis, sendo incabível qualquer aplicação analógica do Código Civil ou do Decreto n. 20.910/95 no afã de superar a reparação de atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana, como sói ser a dignidade retratada no respeito à integridade física do ser humano.*

6. *À lei interna, adjuntam-se as inúmeras convenções internacionais firmadas pelo Brasil, como, v.g., Declaração Universal da ONU, Convenção contra a Tortura adotada pela Assembléia Geral da ONU, a Convenção Interamericana contra a Tortura, concluída em Cartagena, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).*

7. *A dignidade humana violentada, in casu, posto ter decorrido, consoante noticiado pelos autores da demanda em sua exordial, de perseguição política imposta ao seu genitor, prisão durante o Regime Militar de exceção, revelando-se referidos atos como flagrantes atentados aos mais elementares dos direitos humanos, que segundo os tratadistas, são inatos, universais, absolutos, inalienáveis e imprescritíveis.*

8. *A exigibilidade a qualquer tempo dos consectários às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1.º que ‘todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos’.*

9. *Deflui da Constituição Federal que a dignidade da pessoa humana é premissa irredutível de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual.*

10. *Agravo regimental desprovido.*

(AgRg no Ag 1.288.309/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15.06.2010, DJe 3.8.2010.)

“ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REGIME MILITAR. TORTURA. IMPRESCRITIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ART. 1º DO DECRETO 20.910/1932. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. As ações indenizatórias por danos morais decorrentes de atos de tortura ocorridos durante o Regime Militar de exceção são imprescritíveis. Inaplicabilidade do prazo prescricional do art. 1º do Decreto 20.910/1932. Precedentes do STJ.

2. *O Brasil é signatário do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas – incorporado ao ordenamento jurídico pelo Decreto-Legislativo*

226/1991, promulgado pelo Decreto 592/1992 –, que traz a garantia de que ninguém será submetido a tortura, nem a pena ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, bem como prevê a proteção judicial para os casos de violação de direitos humanos.

3. A Constituição da República não estipulou lapso prescricional à faculdade de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade.

[...]

6. Recurso Especial não provido.”

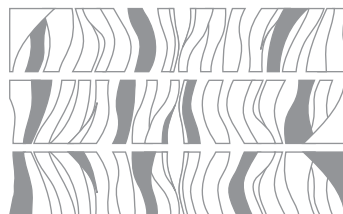
(REsp 1.104.731/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5.3.2009, DJe 5.11.2009.)

Como se observa, a Constituição Federal não estipulou lapso prescricional à faculdade de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade; assim, eventual violação dos direitos humanos ou direitos fundamentais da pessoa humana, enseja ação de reparação *ex delicto* imprescritível, que ostenta amparo constitucional no art. 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Com efeito, tendo a jurisprudência se firmado no sentido do acórdão embargado, incide à hipótese dos autos da Súmula 168 desta Corte: “*Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado*”.

Ante o exposto, não conheço dos embargos de divergência.

É como penso. É como voto.



Súmula n. 648

SÚMULA N. 648

A superveniência da sentença condenatória prejudica o pedido de trancamento da ação penal por falta de justa causa feito em *habeas corpus*.

Precedentes:

HC	367.779-RJ	(5ª T, 07/02/2017 – DJe 17/02/2017)
RHC	70.157-RJ	(5ª T, 14/02/2017 – DJe 22/02/2017)
HC	371.680-RS	(5ª T, 14/03/2017 – DJe 17/03/2017)
HC	404.225-RJ	(5ª T, 21/09/2017 – DJe 11/10/2017)
HC	310.191-SP	(5ª T, 27/02/2018 – DJe 05/03/2018)
AgRg no RHC	36.648-PR	(6ª T, 25/11/2014 – DJe 15/12/2014)
RHC	32.524-PR	(6ª T, 04/10/2016 – DJe 17/10/2016)
AgRg no RHC	75.425-PE	(6ª T, 20/10/2016 – DJe 14/11/2016) – acórdão publicado na íntegra
AgRg no RHC	53.455-RJ	(6ª T, 09/03/2017 – DJe 21/03/2017)
HC	400.041-SP	(6ª T, 26/06/2018 – DJe 02/08/2018)

Terceira Seção, em 14.4.2021

DJe 19.4.2021

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS N.
75.425-PE (2016/0197854-8)**

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Agravante: Luiz Everton Reis Moura

Advogados: Sebastião Nunes Filho - PE000535B

Augusto Everton Reis Moura - PE024319

Agravado: Ministério Público Federal

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO POR AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. PRISÃO PREVENTIVA. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA ANTES DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. NOVO TÍTULO. PERDA DO OBJETO. PRECEDENTES.

1. A superveniente confirmação de *decisum* singular de relator pelo órgão colegiado supera eventual violação ao princípio da colegialidade (art. 34 do RISTJ).

2. Com a superveniência da sentença condenatória há novo título judicial. Assim, fica prejudicado o *writ* em que se postula o trancamento da ação penal, por falta de justa causa, e a revogação da prisão preventiva. Por consequência, também o presente recurso, dirigido contra o acórdão nele proferido, perdeu seu objeto, esvaziando-se o interesse recursal.

3. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do

Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de outubro de 2016 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 14.11.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de agravo regimental interposto por *Luiz Everton Reis Moura* contra decisão por mim proferida, nos termos da seguinte ementa (fl. 2.171):

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. PROLAÇÃO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA ANTES DA INTERPOSIÇÃO DO PRESENTE RECURSO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. PARECER ACOLHIDO. Recurso não conhecido.

Alega o agravante que diferentemente consignado pela decisão agravada, o writ traz em seu bojo não só a falta de justa causa e a prisão preventiva, mas também requer a análise de outros temas, que, por si sós, ensejam o reconhecimento da nulidade da Ação Penal n. 70-21.2015.4.05.8308 (fl. 2.180).

Sustenta que o constrangimento ilegal subsiste na medida em que a sobrevinda da sentença penal condenatória não foi capaz de sanar as nulidades aventadas no HC n. 0801880-56.2016.4.05.0000 e no RHC n. 75.425. Dessa forma, o reconhecimento de tais nulidades impõe o relaxamento de prisão do acusado por expressa previsão constitucional, o que se reitera no presente agravo (fl. 2.182).

Afirma, por fim, que a decisão agravada deve ser revista, já que, conforme o princípio da colegialidade, compete à Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça tomar a decisão acerca dos temas levantados no RHC n. 75.425 (fl. 2.183).

Ao final, requer o provimento do agravo regimental.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): Não obstante os argumentos expendidos pelo agravante, estes não têm o condão de infirmar os fundamentos insertos na decisão agravada.

De início, a superveniente confirmação de *decisum* singular de relator pelo órgão colegiado supera eventual violação ao princípio da colegialidade (art. 34 do RISTJ).

No caso, não havia porque não aplicar a reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual *a superveniência da sentença penal condenatória torna prejudicado o pedido de liberdade provisória, por configurar novo título da custódia cautelar, nos termos do parágrafo único do art. 387 do CPP* (AgRg no HC n. 142.261/RS, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 6/9/2010). *Dito de outra maneira, não mais subsiste a decisão interlocutória em que se decretou a custódia cautelar do réu, o qual, pelo que se extrai da informações [...] está preso em razão da superveniente sentença condenatória, que constitui novo título prisional* (HC n. 96.965/SP, Ministro Joaquim Barbosa, STF, DJe de 22/10/2010).

Outro não é o entendimento quanto ao pedido de trancamento da ação penal, pois, *de acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, a superveniência de sentença condenatória prejudica o mandamus que pleiteia o trancamento da ação penal por ausência de justa causa e a inépcia da denúncia, haja vista que o juiz de primeiro grau, em sede de cognição exauriente, reputou presentes os elementos probatórios da conduta delitativa* (AgRg no RHC n. 37.082/MG, Ministro Felix Fisher, Quinta Turma, DJe 12/8/2016).

Ainda neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA E JULGAMENTO DA APELAÇÃO. NOVOS TÍTULOS JUDICIAIS. JUÍZO DE COGNIÇÃO MAIS AMPLO. *WRIT* PREJUDICADO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

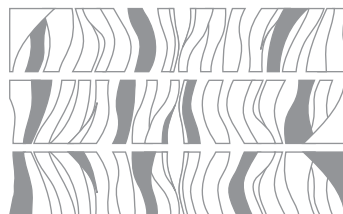
1. *A superveniência de novos títulos, consubstanciados em sentença condenatória e julgamento da apelação, torna prejudicado o habeas corpus que visa ao trancamento da ação penal por ilicitude de provas.*

2. *A decisão agravada, que julgou prejudicado o habeas corpus, diante da existência de novo título, não merece reparos, porquanto proferida em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.*

3. Agravo Regimental improvido. (AgRg no HC n. 321.104/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 9/3/2016 – grifo nosso).

Assim, mantenho a decisão agravada, na qual afirmei que *com a superveniência da sentença condenatória há novo título judicial. Assim, fica prejudicado o writ em que se postula o trancamento da ação penal, por falta de justa causa, e a revogação da prisão preventiva. Por consequência, também o presente recurso, dirigido contra o acórdão nele proferido, perdeu seu objeto, esvaziando-se o interesse recursal* (fl. 2.171).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.



Súmula n. 649

SÚMULA N. 649

Não incide ICMS sobre o serviço de transporte interestadual de mercadorias destinadas ao exterior.

Referência:

LC n. 87/1996, art. 3º, II.

Precedentes:

EREsp	710.260-RO	(1ª S, 27/02/2008 – DJe 14/04/2008) – acórdão publicado na íntegra
AgRg no AREsp	385.764-SC	(1ª T, 18/12/2014 – DJe 03/02/2015)
AREsp	851.938-RS	(1ª T, 16/06/2016 – DJe 09/08/2016)
AgInt no AREsp	455.010-MS	(1ª T, 13/05/2019 – DJe 20/05/2019)
AgInt no AREsp	578.962-SC	(1ª T, 24/06/2019 – DJe 27/06/2019)
AgRg no AREsp	412.277-SC	(2ª T, 21/11/2013 – DJe 02/12/2013)
AgRg no REsp	1.409.872-SC	(2ª T, 27/10/2015 – DJe 06/11/2015)
AgInt no AREsp	1.323.892-PR	(2ª T, 13/11/2018 – DJe 22/11/2018)
REsp	1.777.524-MS	(2ª T, 13/12/2018 – DJe 19/12/2018)
REsp	1.793.173-RO	(2ª T, 21/03/2019 – DJe 22/04/2019)

Primeira Seção, em 28.4.2021

DJe 3.5.2021

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 710.260-RO
(2005/0179881-0)**

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Embargante: Indústria Trianon de Rondônia Ltda
Advogado: Michelly Mensch Fogiatto
Embargado: Estado de Rondônia
Procurador: Maria Rejane Sampaio dos Santos e outro(s)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. TRANSPORTE INTERESTADUAL DE MERCADORIA DESTINADA AO EXTERIOR. ISENÇÃO. ART. 3º, II DA LC 87/96.

1. O art. 3º, II da LC 87/96 dispôs que não incide ICMS sobre operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, de modo que está acobertado pela isenção tributária o transporte interestadual dessas mercadorias.

2. Sob o aspecto teleológico, a finalidade da exoneração tributária é tornar o produto brasileiro mais competitivo no mercado internacional.

3. Se o transporte pago pelo exportador integra o preço do bem exportado, tributar o transporte no território nacional equivale a tributar a própria operação de exportação, o que contraria o espírito da LC 87/96 e da própria Constituição Federal.

4. Interpretação em sentido diverso implicaria em ofensa aos princípios da isonomia e do pacto federativo, na medida em que se privilegiaria empresas que se situam em cidades portuárias e trataria de forma desigual os diversos Estados que integram a Federação.

5. Embargos de divergência providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de

Justiça “Prosseguindo no julgamento, a Seção, por unanimidade, conheceu dos embargos e lhes deu provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.” Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki (voto-vista), Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin, Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região) e José Delgado votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Não participaram do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão e a Sra. Ministra Denise Arruda.

Brasília-DF, 27 de fevereiro de 2008 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJe 14.4.2008

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: - Trata-se de embargos de divergência interpostos contra acórdão proferido pela Primeira Turma, relatado pelo Min. Teori Albino Zavascki, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. TRIBUTÁRIO. TRANSPORTE INTERESTADUAL DE MERCADORIA PARA FINS DE EXPORTAÇÃO. INCIDÊNCIA DO ICMS. LEGALIDADE DA COBRANÇA.

1. A falta de prequestionamento da questão federal, a despeito da oposição dos embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial (Súmulas 282 e 356 do STF).

2. Incide ICMS sobre o transporte interestadual de produtos destinados à exportação para o exterior. Precedentes: RE 196.527/MG, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ de 13.08.1999; RE 212.637/MG, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ de 25.05.99 e RMS 14.694/MT, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 30.06.2004.

4. Recurso especial a que se dá provimento.

(fl. 171)

Inconformada, a embargante aponta dissídio jurisprudencial, sustentando que o precedente do STF no RE 196.527/MG não se aplica ao caso em comento, já que a LC n. 87/96 excluiu a incidência do ICMS sobre operações de transporte interestadual realizadas com o objetivo de destinar produtos para o exterior. Nesse sentido, alega que o art. 155, X, “a”, da CF/88 atribuiu ao legislador competência para ampliar a imunidade tributária do ICMS.

Assevera que a finalidade da desoneração tributária é tornar o produto nacional mais competitivo no mercado internacional. Por fim, afirma que o custo do transporte integra o preço do bem exportado. Como paradigma, indica o REsp 613.785/RO.

Admitidos os embargos e apresentada impugnação, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): - Temos para apreciação a tese em torno do art. 3º, II da LC 87/96, qual seja: incide ICMS na operação de transporte interestadual quando a mercadoria se destina ao exterior?

Sobre imunidade e isenção, Hugo de Brito Machado lecionou em Aspectos Fundamentais do ICMS (Dialética, São Paulo, 1997, p. 201):

No que concerne ao ICMS, exemplo de imunidade é a norma que impede a incidência do imposto sobre as exportações de produtos industrializados. Já a norma, da Lei Complementar n. 87, que diz não incidir o imposto sobre operações e prestações que destinem ao exterior produtos primários, é típica isenção. Mesmo estando, como no caso estão, no mesmo dispositivo de lei, são normas de natureza diversa: uma, apenas repete o que está na Constituição, a dizer que o ICMS não incide na exportação de mercadorias, como tal entendidos, nesse contexto, os produtos industrializados, e a outra a incluir nesse regime jurídico “inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, ou serviços.” (Lei Complementar n. 87/96, art. 3º, inciso II.)

Distingue-se a isenção da imunidade porque a primeira está em norma infra-constitucional, enquanto a segunda está sempre na Constituição. No exemplo acima mencionado, tem-se que a primeira parte do dispositivo reproduz norma da Constituição ao afirmar a não incidência do ICMS sobre a exportação de mercadorias (desde que se trate de produtos industrializados), enquanto amplia aquela norma, que passa a abranger quaisquer mercadorias, mesmo aquelas qualificadas como produtos primários, ou industrializados semi-elaborados, e até os serviços. Na parte em que faz essa ampliação, deixa configurada uma isenção tributária.

A diferença entre isenção e imunidade decorre da posição hierárquica das normas que as definem. Ainda que a Constituição diga que tal fato é isento do imposto, na verdade não se trata de isenção, mas de imunidade. E mesmo que a

lei viesse a definir certa situação como imune ao tributo, ter-se-ia, com certeza, caso de isenção, e não de imunidade.

Podemos dizer, em síntese, que:

a) *Isenção* é exceção feita pela lei à regra jurídica de tributação.

b) *Não incidência* é a situação em que a regra jurídica de tributação não incide porque não se configura a sua hipótese de incidência. Pode ser: pura e simples, se resulta da clara inoportunidade da hipótese de incidência da regra de tributação; ou juridicamente qualificada, se existe regra jurídica expressa dizendo que não se configura, no caso, a hipótese de incidência tributária.

c) *Imunidade* é o obstáculo criado por uma norma da Constituição, que impede a incidência de lei ordinária de tributação."

No direito positivo brasileiro a lei de tributação é, em regra, a lei ordinária da entidade dotada de competência tributária, e os institutos da imunidade e da isenção mostram-se com certa peculiaridade em virtude da espécie normativa que se coloca entre a Constituição Federal e a lei de tributação, vale dizer, a Lei Complementar.

Em se tratando do ICMS, como no presente caso, tem-se de considerar que a Constituição Federal atribuiu ao legislador complementar competência para "*excluir da incidência do imposto, nas exportações para o exterior, serviços e outros produtos além dos mencionados*" no dispositivo que estabelece a imunidade nas exportações. É razoável entender-se, assim, que o legislador complementar ficou autorizado a ampliar a imunidade tributária, relativamente a esse imposto.

Adotando essa tese, concluiremos que as normas da Lei Complementar 87/96, excludentes do ICMS nas exportações, instituíram imunidade tributária. Para os que entenderem que a imunidade é apenas a exclusão do tributo decorrente, diretamente, de norma da Constituição, impõe-se a conclusão de que em nosso sistema jurídica existe uma figura peculiar de isenção, dita heterônoma, já albergada, aliás, pela Constituição pretérita, que autorizava a isenção, por lei complementar da União, de impostos estaduais e municipais.

Seja como for, tem-se de concluir que a "*não incidência*" criada pelo art. 3º, II, da Lei Complementar n. 87/96 é de nível hierárquico superior ao em que atua a lei tributária estadual. Dúvida não pode haver, portanto, de que a Lei Complementar n. 87/96, em seu art. 3º, II, impediu os Estados de tributarem as operações e prestações que destinem ao exterior produtos primários. Estabeleceu uma imunidade por extensão constitucionalmente autorizada, ou uma isenção heterônoma, complementando as disposições da Carta Magna, conforme preconiza o seu art. 155, § 2º, XII, "e".

Cabível a distinção para justificar o julgamento da questão a nível infraconstitucional em sede de recurso especial, com a devida vênua do entendimento adotado pela Primeira Turma no seguinte julgamento:

TRIBUTÁRIO. TRANSPORTE DE MERCADORIAS DESTINADAS À EXPORTAÇÃO. ICMS. IMUNIDADE. MATÉRIA DE NATUREZA CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO.

1. A discussão sobre a possibilidade ou não de cobrança de ICMS em transporte de mercadorias destinadas à exportação tem natureza constitucional (CF, art. 155, § 2º, X, a), eis que se trata de imunidade tributária, não podendo ser apreciada em recurso especial.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AG 560.531/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10.08.2004, DJ 23.08.2004 p. 128)

Superado o óbice, inteiramente oportuna é a transcrição de parecer elaborado pelo mestre Hugo de Brito Machado, quando questionado especificamente sobre a *incidência de ICMS sobre serviço de transporte de mercadoria destinada ao exterior* (Revista Dialética de Direito Tributário n. 50, novembro/99, pág. 77 e seguintes):

A Lei Complementar n. 87/96, proíbe aos Estados a tributação de quaisquer exportações, seja de bens ou de serviços, que devem chegar ao exterior sem o ônus do ICMS.

Assim é que estabelece:

“Art. 3º - O Imposto não incide sobre:

(...)

II – operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados, semi-elaborados ou serviços;”

2.2. A interpretação do Fisco

Segundo informam as consulentes, autoridades fazendárias no Estado de Rondônia entendem que o ICMS incide sobre a prestação de serviço de transporte que, embora atinente a bens destinados ao exterior, não termina em território estrangeiro.

Assim, pretendem tributar a parte do transporte dos bens destinados ao exterior, porquanto essa “parte”, assim entendem, não destina, por si mesma, o bem ao exterior, mas sim ao complexo portuário onde será feito o transbordo para o navio, que fará o trecho internacional do transporte.

No dizer das consulentes, a exigência do imposto, neste caso, teria fundamento na interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal, em recente decisão que foi noticiada pela imprensa da seguinte forma:

“IMUNIDADE DE ICMS EM TRANSPORTES

Serviços de transporte interestadual de produtos industrializados destinados à exportação não se valem da imunidade tributária prevista no art. 155, parágrafo 2., X, a, da Constituição Federal.

Foi o que decidiu o STF ao acolher recurso extraordinário do Estado de Minas Gerais. A empresa de transportes em questão transportava produtos de Minas Gerais até porto situado em outro Estado onde seriam embarcados para o exterior.

A decisão do STF reformula acórdão do TJ/MG que havia concordado com a possibilidade de imunidade de ICMS.

Ponderou o STF que não há lei complementar excluindo as prestações de serviços nas exportações para o exterior (CF, art. 155, par. 2., XII, e) e que o acórdão recorrido negava vigência ao art. 155, par. 2. IV, da CF (resolução do Senado Federal de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação).

Dessa forma, a imunidade alcança apenas as operações de circulação de mercadorias, não sendo aplicável aos serviços de transporte interestadual e intermunicipal.”

Nos termos da publicação oficial, que ocorreu em agosto de 1999, o acórdão tem a seguinte ementa:

“TRIBUTÁRIO. SERVIÇO UTILIZADO NO TRANSPORTE INTERESTADUAL OU INTERMUNICIPAL DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS DESTINADOS AO EXTERIOR. PRETENDIDA NÃO-INCIDÊNCIA DO ICMS. ART. 155, § 2º, X, A, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Benefício restrito às operações de exportação de produtos industrializados, não abrangendo o serviço utilizado no transporte interestadual ou intermunicipal dos referidos bens.

Recurso não conhecido.”

(Ac un da 1ª T do STF – Rel. Min. Ilmar Galvão – RE 196.527/MG – RECTE: ANECAR CARGAS RODOVIARIAS LTDA - RECD: ESTADO DE MINAS GERAIS – DJU 13/08/99 - ATA N. 22/1999 EDIÇÃO-EXTRA QUE CIRCULOU NO DIA 16/08/1999)

Induvidosamente a Corte Maior, *data vênia*, não adotou a interpretação mais adequada aos fins da exoneração tributária de que se cuida, como adiante será demonstrado. Todavia, ainda que assim não fosse, o julgado em questão já não se presta para orientar o intérprete. Apesar de ser recente aquele julgado, foi o

mesmo proferido em Recurso Extraordinário distribuído no Supremo Tribunal ainda em 1995. O fato apreciado é, portanto, anterior à Lei Complementar 87/96.

A tese fazendária em referência, *data venia*, é insustentável no plano doutrinário, porque repousa em equívocos, e com o advento da Lei Complementar 87/96 não será mais adotada pela Corte Maior.

3. Equívocos da tese fazendária

3.1. Desprezo ao elemento teleológico.

Um dos graves equívocos da tese fazendária, no caso de que se cuida, consiste no absoluto desprezo pelo elemento teleológico. A finalidade da exoneração tributária de que se cuida, repita-se, é tornar o produto brasileiro mais competitivo no mercado internacional. Tributando outras etapas do processo produtivo, ou o transporte até o porto, estiola-se a norma que pretendeu tornar o produto nacional competitivo.

Realmente, o transporte, pago pelo exportador, evidentemente integra o preço do bem exportado, e o ônus do ICMS sobre esse transporte se fosse admitido, teria o efeito equivalente ao do ICMS sobre a operação de venda desse bem a adquirente no exterior.

Tributar o transporte, portanto, é exatamente o mesmo que tributar a própria operação de exportação. Em ambos os casos a tributação viola o art. 3º, II, da Lei Complementar 87/96, que tem o fito de exonerar as exportações do ICMS.

Aliás, a própria Lei Complementar 87, em outros dispositivos, deixa claro que não apenas a operação de exportação, mas também as operações anteriores, que *integram o processo de exportação*, não constituem fato gerador do imposto. Por isto mesmo já escrevemos:

“Mesmo na hipótese de saídas de mercadorias realizadas com o fim específico de exportação, e destinada a empresa comercial exportadora, armazém alfandegado ou entreposto aduaneiro, pode ser considerada válida a norma isentiva, porque a razão da isenção é a mesma, vale dizer, estimular as exportações.”

Na interpretação da norma de imunidade ou de isenção, como na interpretação das normas jurídicas em geral, devem ser considerados todos os elementos que nos fornece a hermenêutica, entre os quais destacam-se os elementos sistemático e teleológico. A consideração do elemento teleológico na interpretação das normas de exoneração tributária, aliás, conta com o decisivo apoio da jurisprudência, que tem preconizado o atendimento da finalidade das normas isentivas ou imunizantes, asseverando, por exemplo, que

“a imunidade do açúcar destinado à exportação, relativamente ao ICM, com base no art. 23, § 7º, da CF 1967/69, não alcança apenas o ato final, mas

todo o processo de elaboração do produto, não podendo o Estado tributá-lo no ato de remessa para o Exterior, a pretexto de que está tributando apenas a venda da matéria prima.”

3.2. Desprezo ao elemento sistêmico.

3.2.1. Consideração de uma norma isolada

Em mais um equívoco incorre a tese fazendária ao desprezar o elemento sistêmico, cuja consideração pelo intérprete não pode ser jamais afastada. Em qualquer hipótese, interpretar uma norma isoladamente é desconsiderar o sistema jurídico. Como ensina BECKER, a norma isolada não existe. A própria Lei Complementar n. 87/96 só existe como *norma jurídica* em função de outras leis, e da Constituição, que determinam sua matéria, forma e procedimento de elaboração.

Para o jurista é da maior evidência que uma lei, isolada das demais normas do sistema, sequer existe. Ao entrar no ordenamento, a lei necessariamente se deforma, e se faz adequada às outras normas do sistema jurídico. Seu significado não é aquele expresso por suas palavras apenas, mas sim aquele que lhe permite o ordenamento, para que não reste incompatível com este.

Para demonstrar que a interpretação literal pretendida é inaceitável, aliás, basta notar-se que seria inteiramente inútil a norma de isenção que tivesse apenas o efeito de excluir o imposto das prestações de serviços de transporte internacional, vale dizer, que se iniciam no Brasil e terminam no exterior, em face da própria norma constitucional atributiva da competência tributária. Realmente, a Constituição atribui competência aos Estados para tributarem serviços de transportes *intermunicipais e interestaduais*. Não podem ser tributados, pois, os serviços de transporte *internacionais*.

Neste sentido é a doutrina dos especialistas. Gomes de Matos, por exemplo, ensina:

... “Já a prestação de serviços de transporte internacional, partindo do Brasil para o exterior, ainda que haja transbordo dentro do território nacional, não se enquadra no campo de incidência do ICMS (CF, art. 155, inc. II) que só abrange as de natureza interestadual e intermunicipal.”

O Mestre Carrazza também o diz, e de modo enfático:

“se a Constituição expressamente permite a tributação por via de ICMS quando o serviço transmunicipal começa no exterior e termina no Brasil, “a contrario sensu” a veda quando o mesmo serviço começa no Brasil e termina no exterior.”

É evidente, portanto, que não teria sentido uma norma expressamente excludente da tributação, para afastar o imposto somente daquelas operações que naturalmente, pela própria norma atributiva de competência, não podem ser por este alcançadas. Ademais, a própria Lei Complementar n. 87 possui dispositivos a evidenciar que a operação albergada pela isenção não é somente aquela que destina diretamente ao exterior o produto exportado, mas sim aquelas operações que integram o processo de exportação, estabelecendo:

“Art. 3º...

parágrafo único: Equipara-se às operações de que trata o inciso II a saída de mercadoria realizada com o fim específico de exportação para o exterior, destinada a:

I – empresa comercial exportadora, inclusive tradings, ou outro estabelecimento da mesma empresa;

II – armazém alfandegário ou interposto aduaneiro”

A empresa y empresa à qual a empresa x destina a soja produzida, nada mais é que a empresa referida pela LC 87/96, art. 3º, parágrafo único, II acima transcrito.

Está demonstrado, assim, que a tese fazendária despreza o elemento sistêmico, mesmo considerado o sistema em sua literalidade, porque pretende extrair o significado da norma de isenção considerando-a isoladamente. Mas não é só. Ela viola também o elemento sistêmico, porque ignora princípios fundamentais de nosso ordenamento jurídico, entre os quais o princípio da isonomia, e o princípio federativo, como a seguir será demonstrado.

3.2.2. O princípio da isonomia e o pacto federativo

Sabemos todos que a Carta Magna de nosso país consagra, como princípio fundamental de nosso ordenamento jurídico, a isonomia, e na organização do estado brasileiro adota o que se costuma denominar de pacto federativo. É fácil de se ver que a tese fazendária de que aqui se cuida viola um e o outro, de modo flagrante.

Com efeito, entender que isento é somente o transporte *porto – exterior* implica tratamento diferenciado entre contribuintes que se encontram na mesma situação econômica e estão praticando a mesma atividade, mas estariam discriminados em função do Estado onde estivessem estabelecidos. Empresas exportadoras estabelecidas em cidades portuárias estariam inteiramente desoneradas do ICMS, enquanto aquelas situadas no interior do País seriam submetidas ao ICMS sobre os transportes que necessariamente teriam de contratar, dentro do território nacional, para exportar os seus produtos.

Diz a Constituição Federal, que **todos são iguais perante a lei**, e veda, expressamente, à União, aos Estados, ao Distrito Federal, e aos Municípios,

“Instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente...”

A interpretação que finda por reconhecer a exoneração tributária em questão apenas para os contribuintes estabelecidos em cidades portuárias implica, a toda evidência, tratamento tributário mais gravoso às empresas situadas na Região Central do País.

Além de violar flagrantemente o princípio da isonomia, tanto em sua feição geral como em seu aspecto especificamente tributário, contrária, ainda, um dos objetivos fundamentais de nossa república, e agride o princípio federativo que preconiza tratamento igual para os diversos Estados.

Realmente, a Constituição Federal estabelece:

“Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

...

III – erradicar a pobreza e a marginalização e *reduzir as desigualdades sociais e regionais*.”

“Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

...

V – igualdade entre os Estados”

Privilegiando empresas situadas em cidades portuárias, em Estados litorâneos, não se está erradicando desigualdades regionais, mas incrementando tais desigualdades. Tampouco se estará dando tratamento igual para os diversos Estados que integram a Federação, mas, muito ao contrário, estar-se-á privilegiando uns, em detrimento dos demais.

A vigente Constituição preconiza providências destinadas a reduzir as desigualdades regionais, em vários de seus dispositivos (arts. 1º, *caput*; 3º II e III; 4º, V; 150, V; 151, I; 152 e 170, VII), de sorte que a interpretação pretendida pelas autoridades fazendárias do Estado de Rondônia produzindo, como indiscutivelmente produz, efeito diametralmente oposto, vilipêndia, claramente, todos esses artigos da Constituição Federal.

3.3. Unidade do Serviço Transporte.

A tese dos ilustres representantes do Fisco de Rondônia incorre ainda em outra impropriedade, *data venia*. Considera, para fins de tributação, uma parte do serviço de transporte, realizada em seu território, como fato gerador do ICMS, como se essa “parte” pudesse ser considerada isolada do “todo”.

Vejamos o caminho que faz a soja exportada, do interior de Mato Grosso até o exterior:

1) Mato Grosso não possui limites com o oceano. Mister se faz, por conseguinte, que a soja seja transportada em caminhões até o porto.

2) Nesse caminho, faz-se necessária a travessia de um rio. Os caminhões, obviamente, não poderão fazê-lo. É indispensável a contratação de um Barco. *O transporte, porém, é o mesmo, e continua a destinar produtos primários ao exterior.*

3) Do outro lado desse Rio, em Itacoatiara, a soja é armazenada e colocada em grandes navios, que a levarão até o País importador. Essa última fase do transporte, do mesmo modo, não pode ser feita nem pelos caminhões que o iniciaram, nem pelos barcos que fizeram a travessia do rio.

Verifica-se, portanto, que o transporte é um só, e desde o início destina bens ao exterior, nos termos do art. 3º, II, da Lei Complementar n. 87/96. Nesse sentido é a lição do Mestre CARRAZZA:

“Também não incide ICMS quando o serviço de transporte internacional é efetuado por uma ou mais empresas, com transbordo. Explicamo-nos melhor.

Não raro, a empresa contratada realiza o serviço de transporte internacional por etapas. Do local de origem da mercadoria até a divisa com o país vizinho o transporte é feito com o mesmo veículo. Na fronteira a mercadoria é trasladada para um veículo apropriado e levada até o local de destino, no exterior.

...

Mesmo assim, a nosso ver, o ICMS não é devido. Por que? Simplesmente porque há, na espécie, um único serviço de transporte. Apenas, sua execução se perfaz em etapas. Portanto, mesmo quando a mercadoria, para alcançar seu destino final no exterior, for transbordada, ainda que com o concurso de outra empresa, não há, na espécie, incidência de ICMS.”

No mesmo sentido é lição autorizada de SOARES DE MELLO:

“Convenço-me que o transbordo não constitui uma nova prestação de serviços, mas, em realidade, mera continuidade de prestação iniciada no país. Não se cogita, propriamente, de dois contratos de transporte, mas de um único apenas, quadrando-se à modalidade “sucessiva”, isto é, “quando a mercadoria, para alcançar o destino final necessitar ser transbordada em veículos da mesma modalidade de transporte” (art. 8º, III, da Lei 6.288/75).

Saliente-se que a regra do art. 155, § 2º, I, b, da CF-88 contém, de modo implícito e oblíquo, uma situação imunitória, vedando a incidência do ICMS nas prestações de serviços que não foram previstas (natureza internacional). A razão dessa diretriz é elementar, pois tem por finalidade desonerar as exportações nacionais, facilitando o acesso das empresas do país no mercado internacional.

Esta, a natural finalidade da falta de previsão da incidência do ICMS nos serviços de transporte destinado ao exterior.

Considerando que a competência para legislar sobre o comércio exterior e interestadual é privativa da União (art. 22, VIII da CF-88), é irrelevante a prestação de serviços de transporte por uma, ou mais empresa, com efetivação (ou não) de transbordo, para fins de não-incidência do ICMS."

Inteiramente desprovida de fundamento jurídico, como se vê, é a tese que pretendem abraçar as autoridades fazendárias do Estado de Rondônia, que já não conta com o amparo do precedente invocado, do Supremo Tribunal Federal, como se vai agora demonstrar.

3.4. Inaplicabilidade do precedente do STF.

A respeitável decisão da Corte Suprema, na qual se pretendem estribar as autoridades fazendárias, não autoriza a cobrança pretendida, posto que proferida em ação ajuizada antes do advento da Lei Complementar n. 87/96, tanto que no Supremo Tribunal Federal o processo foi distribuído em 1995.

A nosso ver, mesmo antes da Lei Complementar 87/96 a imunidade das exportações abrangia os serviços de transporte até o porto. Assim haveria de ser em face dos princípios jurídicos já aqui expostos. Seja como for, com o advento da referida lei complementar, qualquer dúvida a esse respeito ficou afastada.

Com efeito, ainda em 1996 escrevemos, em nosso *Aspectos Fundamentais do ICMS*:

"Controvérsia também foi instaurada a respeito da questão de saber se a imunidade das exportações abrangia, ou não, os serviços de transporte das mercadorias até o porto respectivo. Não obstante as decisões judiciais em sentido negativo, penso que tais serviços estavam abrangidos pela imunidade; ***essa questão, entretanto, está superada em face da Lei Complementar n. 87/96, que na mesma norma em que reproduz o dispositivo imunizante, institui isenção abrangente de serviços.***" - grifamos

A jurisprudência construída anteriormente à Lei Complementar 87/96 interpretou, desatenta aos princípios já aqui expostos e por isto mesmo sem o nosso aplauso, a imunidade conferida pelo art. 155, § 2º, inciso X, alínea "a", da Constituição Federal. Ocorre que a Lei Complementar n. 87 estabeleceu o adequado alcance do preceito imunizante ou, para quem o preferir, ampliou o alcance daquela imunidade, com fundamento no art. 155, XII, "e", da Constituição Federal, afastando da incidência do ICMS também os serviços.

Não é relevante para o caso, portanto, a imunidade do art. 155, § 2º, inciso X, alínea "a", da Constituição Federal de 1988, nem a interpretação que lhe deu o Supremo Tribunal Federal. O ICMS não incide, sendo indubitavelmente

descabida a tese do Fisco de Rondônia, em virtude de expresso dispositivo da Lei Complementar n. 87.

Vê-se, aliás, que o fundamento da decisão do Supremo Tribunal Federal, invocada pelas autoridades fazendárias do Estado de Rondônia, é a inexistência de **“lei complementar excluindo as prestações de serviços nas exportações para o exterior (CF, art. 155, par. 2., XII, e)”**

Tal fundamento hoje está superado. A lei complementar naquele julgado referida, inexistente à época da propositura da ação, atualmente existe. É exatamente a Lei Complementar n. 87/96. Tanto é assim que a própria jurisprudência dos tribunais administrativos de outros Estados acolhe a tese que defendemos, como se vê do seguinte julgado do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo:

“Transporte Internacional – Subcontratação – O transbordo não constitui nova prestação de serviço – Negado provimento ao Pedido de Revisão da Fazenda”

4. Momento da Ocorrência do Fato Gerador.

É indevida a cobrança de ICMS sobre o serviço de transporte de bens destinados à exportação. Assim, nem se deveria cogitar de saber qual *seria* o Estado competente para exigir o ICMS. O Imposto, definitivamente, não é devido.

De todo modo, para responder às questões que me foram formuladas, passo a analisar o momento em que têm início a prestação do serviço, para sabermos em que Estado o ICMS *poderia* ser cobrado, se devido fosse.

4.1. Regra Geral

Nos casos de prestação de serviço de transporte “executado no território nacional, seja interestadual ou intermunicipal, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento em que se inicia a prestação do serviço.” Assim, o ICMS *seria* devido pelas consulentes ao Estado onde tivesse início a prestação do serviço de transporte.

Leva controvérsia, porém, a questão de saber se, pelo fato de ser o transporte *multimodal*, há nova prestação, e, portanto, novo fato gerador, no momento em que a soja é transbordada dos caminhões para os barcos. Prevalecendo tal entendimento, *seria* o ICMS referente ao transporte fluvial devido ao Estado de Rondônia. Afirmamos que *seria* porque, em qualquer hipótese – vale ressaltar – o ICMS *não é devido* por força do art. 3º, II, da LC 87/96.

4.2. Unidade do Serviço

A questão de saber onde teve início a prestação do serviço de transporte nem sempre é de fácil solução. Sobre o assunto já escrevemos:

“... em muitas situações pode ser difícil determinar-se *onde começa* a prestação do serviço. Essa mesma dificuldade está presente também aqui, no concernente ao momento em que se torna devido o imposto”

Com efeito. Em certos transportes, com várias escalas e conexões, é realmente difícil dizer onde começa a prestação do serviço.

No caso de produtos destinados ao exterior, em que é desde logo sabido o destino dos bens transportados, o serviço começa no momento em que estes saem do estabelecimento exportador, sendo irrelevante por quantos Estados tenha de passar.

Irrelevante também é eventual mudança na empresa transportadora, pois muitas vezes o transporte é dividido em etapas por questões técnicas, físicas ou econômicas. Na verdade há um único *serviço*. Pelo fato de haver um rio entre as filiais das consulentes e o porto de Itacoatiara, no Amazonas, seria impossível realizar o transporte em única etapa.

Irrelevante também é o fato de diferentes empresas realizarem as etapas do transporte, visto que cada etapa do transporte está intimamente ligada às demais.

Seja como for, o transporte, em todas as suas etapas, tem por fim levar ao exterior um produto. Trata-se de prestação de serviço que destina ao exterior produto primário, nos exatos termos do inciso II do art. 3º, da Lei Complementar n. 87/96, e assim, temos de insistir neste ponto, é inequívoca a não incidência do ICMS.

Adoto essa orientação doutrinária e colaciono, a seguir, com a devida vênua dos entendimentos em sentido contrário, os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINARES REJEITADAS. PRESENÇA DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA. CAUTELAR JULGADA PROCEDENTE.

1. Preliminares de ilegitimidade ativa, intempestividade recursal e inadequação da via eleita afastadas.

2. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha precedente no sentido de que o art. 155, § 2º, X, “a”, da Constituição da República não se estende ao transporte, realizado dentro do território nacional, de mercadorias destinadas à exportação, essa regra de imunidade não se confunde com a de isenção prevista no art. 3º, II, da LC n. 87/96, dispositivo suscitado na inicial e não analisado pelo Tribunal de origem.

3. No plano infraconstitucional, precedentes desta Corte concluíram, com base no art. 3º, II, da LC n. 87/96, que o ICMS não incide sobre os serviços de transporte de mercadorias destinadas à exportação, o que demonstra a plausibilidade do direito vindicado.

4. Configura-se urgência, a autorizar a concessão da cautela, o fato de haver notificação de pagamento do crédito tributário apurado, sob pena de incidência de multa e juros de mora equivalentes ao valor do principal.

5. Medida cautelar julgada procedente. Agravo regimental prejudicado.

(MC 7.584/MT, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJ 06/06/2006, p. 134)

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. MERCADORIA DESTINADA À EXPORTAÇÃO. LC 87/96. NÃO INCIDÊNCIA.

I - A Lei Complementar n. 87/96, em seu art. 3º, afasta a incidência do ICMS sobre a prestação de serviços de transporte de mercadorias destinadas à exportação. Ilegais, portanto, as Portarias 026/96 e 075/2000, da Secretaria de Estado da Fazenda de Mato Grosso, pois, ao exigirem a prestação de garantia hipotecária ou de fiança bancária para a obtenção da Autorização de Regime Especial de Exportador, extrapolaram seu poder regulamentar.

II - "Reveste-se de ilegalidade as limitações impostas pela Portaria n. 026/99 - SEFAZ - ao gozo deste benefício fiscal pelas empresas exportadoras, porquanto restringe direito resguardado por lei complementar, em flagrante ofensa ao princípio da hierarquia das leis." (REsp n. 418.957/MT, Relator Min. GARCIA VIEIRA, DJ de 26/08/2002, p. 179)

III - Recurso especial improvido.

(REsp 788.964/MT, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, DJ 10/04/2006, p. 151)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. TRANSPORTE DE MERCADORIA DESTINADA AO EXTERIOR. LC 87/96. NÃO INCIDÊNCIA.

I - A Lei Complementar n. 87/96, em seu art. 3º, afasta a incidência do ICMS sobre a prestação de serviços de transporte de mercadorias destinadas à exportação. Ilegais, portanto, as Portarias 026/96 e 075/2000, da Secretaria de Estado da Fazenda de Mato Grosso, pois, ao exigirem a prestação de garantia hipotecária ou de fiança bancária para a obtenção da Autorização de Regime Especial de Exportador, extrapolaram seu poder regulamentar.

II - "Reveste-se de ilegalidade as limitações impostas pela Portaria n. 026/99 - SEFAZ - ao gozo deste benefício fiscal pelas empresas exportadoras, porquanto restringe direito resguardado por lei complementar, em flagrante ofensa ao princípio da hierarquia das leis." (REsp n. 418.957/MT, Relator Min. GARCIA VIEIRA, DJ de 26/08/2002, p. 179)

III - Recurso ordinário provido.

(RMS 15.194/MT, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, DJ 29.03.2004 p. 171)

TRIBUTÁRIO. ICMS. SERVIÇO DE TRANSPORTE DE MERCADORIA DESTINADA AO EXTERIOR. NÃO INCIDÊNCIA.

A Lei Complementar n. 87/96 prevê a não-incidência do ICMS na prestação de serviços de transporte de mercadorias destinadas à exportação.

Reveste-se de ilegalidade as limitações impostas pela Portaria n. 026/99 - SEFAZ - ao gozo deste benefício fiscal pelas empresas exportadoras, porquanto restringe direito resguardado por lei complementar, em flagrante ofensa ao princípio da hierarquia das leis.

Recurso improvido.

(REsp 418.957/MT, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, DJ 26.08.2002 p. 179)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL. MERCADORIAS DESTINADAS AO EXTERIOR. LEI COMPLEMENTAR N. 87/96. MATÉRIA PACIFICADA. ARTIGO 557 DO CPC. APLICAÇÃO.

O direito vigente após a edição da Lei Complementar n. 87/96, repele a distinção entre transporte interestadual e transporte internacional, referente à incidência do ICMS na prestação de serviço de transporte de mercadorias destinadas ao território estrangeiro.

O relator, com espeque no artigo 557 do CPC, pode negar seguimento a recurso manifestamente improcedente.

Agravo improvido.

(AgRg no AG 308.752/MG, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, DJ 30.10.2000 p. 133)

Com essas considerações, dou provimento aos embargos de divergência.

É o voto.

VOTO-VISTA

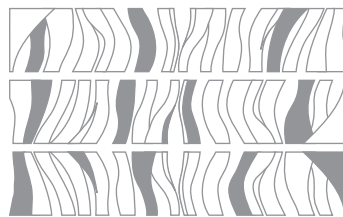
EMENTA: TRIBUTÁRIO. ICMS. TRANSPORTE INTERESTADUAL DE MERCADORIA PARA FINS DE EXPORTAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA. LC 87/96 (ART. 3º, II). EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS, ACOMPANHANDO A RELATORA.

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: 1. Trata-se de embargos de divergência em que se questiona a incidência ou não de ICMS sobre transporte interestadual de produtos destinados à exportação (para o exterior).

A Ministra relatora respondeu pela negativa, contrariando o entendimento do acórdão embargado.

Pedi Vista.

2. O acórdão embargado teve como parâmetro precedentes jurisprudenciais do STF tomadas em data anterior à LC 87/96. Todavia, em face da superveniente isenção estabelecida no art. 3º, II dessa lei, acompanho o voto da Ministra relatora, para dar provimento aos embargos de divergência. É como voto.



Súmula n. 650

SÚMULA N. 650

A autoridade administrativa não dispõe de discricionariedade para aplicar ao servidor pena diversa de demissão quando caracterizadas as hipóteses previstas no art. 132 da Lei n. 8.112/1990.

Referência:

Lei n. 8.112/1990, art. 132.

Precedentes:

MS	21.197-RJ	(1ª S, 09.12.2015 – DJe 10.02.2016)
MS	17.868-DF	(1ª S, 08.03.2017 – DJe 23.03.2017)
MS	18.370-DF	(1ª S, 08.02.2017 – DJe 1º.08.2017)
MS	19.995-DF	(1ª S, 14.11.2018 – DJe 19.12.2018) – acórdão publicado na íntegra
MS	21.859-DF	(1ª S, 28.11.2018 – DJe 19.12.2018)
MS	18.761-DF	(1ª S, 12.06.2019 – DJe 1º.07.2019)
MS	19.517-DF	(1ª S, 24.04.2019 – DJe 16.10.2019)
MS	17.796-DF	(1ª S, 25.09.2019 – DJe 19.11.2019)
MS	20.963-DF	(1ª S, 26.08.2020 – DJe 08.09.2020)
REsp	1.565.409-AL	(1ª T, 27.04.2017 – DJe 09.05.2017)
AgInt nos EDcl no RMS	50.926-BA	(1ª T, 21.11.2017 – DJe 27.11.2017)
AgInt no REsp	1.533.097-PR	(2ª T, 1º.03.2018 – DJe 08.03.2018)
AgInt no RMS	54.617-SP	(2ª T, 06.03.2018 – DJe 12.03.2018)

Primeira Seção, 22.9.2021

DJe 27.9.2021

MANDADO DE SEGURANÇA N. 19.995-DF (2013/0089820-0)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Relatora para o acórdão: Ministra Assusete Magalhães

Impetrante: Waldemir Manoel Alves

Advogado: Harunã Cachorroski Cardoso e outro(s) - PB012827

Impetrado: Ministro de Estado da Fazenda

Interes.: União

EMENTA

Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público federal. Superintendência do Ministério da Fazenda no Estado da Paraíba. Processo administrativo disciplinar. Pena de demissão do cargo de técnico de contabilidade. Art. 132, IV e XIII, c/c art. 117, IX, da Lei 8.112/90. Recebimento indevido de diárias de viagens a serviço. Preliminares de inadequação da via eleita e de impossibilidade jurídica do pedido afastadas. Alegação de ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação da sanção administrativa, em face do alegado pequeno valor do prejuízo, decorrente da percepção indevida de diárias de viagens. Demissão decorrente de várias condutas praticadas pelo impetrante, que levaram à percepção indevida de diárias de viagens. Controle jurisdicional do processo administrativo. Limites. Impossibilidade de reapreciação do mérito administrativo. Infrações disciplinares dolosas, puníveis com demissão, praticadas pelo impetrante, apuradas em processo administrativo disciplinar. Inexistência de ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Ato administrativo vinculado. Tempo de serviço do impetrante, como servidor público, e bons antecedentes funcionais. Insuficiência para amenizar a pena de demissão, se configuradas infrações graves. Precedentes da Primeira Seção, relacionados ao mesmo PAD. Segurança denegada.

I. Trata-se de Mandado de Segurança, impetrado por Waldemir Manoel Alves, contra suposto ato ilegal do Ministro de Estado da Fazenda, consubstanciado na Portaria/MF 44, publicada no DOU de 22/02/2013, por meio da qual lhe aplicou a pena de demissão do

cargo de Técnico em Contabilidade, pela prática de improbidade administrativa e por valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com fundamento no art. 132, IV e XIII, c/c o art. 117, IX, da Lei 8.112/90, fundamentando-se o *writ* na alegação de ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, em face do pequeno valor do prejuízo, decorrente da percepção indevida de diárias de viagens a serviço, e de seus quase trinta anos de serviço público e de seus bons antecedentes funcionais.

II. Na forma da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, em mandado de segurança “não cabe o exame da alegação de que o conjunto probatório seria insuficiente para o reconhecimento da infração disciplinar, vez que seu exame exige a revisão do conjunto fático-probatório apurado no PAD, com a incursão no mérito administrativo, questões estas estranhas ao cabimento do *writ* e à competência do Judiciário”, porém, na via do *mandamus* “admitte-se o exame da proporcionalidade e da razoabilidade da penalidade imposta ao servidor, porquanto se encontra relacionada com a própria legalidade do ato administrativo” (STJ, AgInt no MS 20.515/DF, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, *Primeira Seção*, DJe de 1º/08/2017). Preliminares de inadequação da via eleita e de impossibilidade jurídica do pedido afastadas.

III. Extrai-se dos autos que, diversamente do alegado na inicial deste *mandamus*, a pena de demissão não decorreu apenas da percepção indevida de diárias de viagem, mas de outras condutas praticadas pelo impetrante, que ofendem, inclusive, a moralidade administrativa, igualmente puníveis, configuradoras, ainda, de improbidade administrativa, tal como consta do parecer da PGFN, que foi adotado, pela autoridade impetrada, como fundamento para aplicar-lhe a pena de demissão.

IV. A Primeira Seção do STJ tem entendido que “o controle jurisdicional do PAD restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e a legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo, a impedir a análise e valoração das provas constantes no processo disciplinar” (STJ, MS

15.828/DF, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Primeira Seção*, DJe de 12/04/2016). No mesmo sentido: STJ, MS 22.828/DF, Rel. Ministro *Gurgel de Faria*, *Primeira Seção*, DJe de 21/09/2017; MS 20.908/DF, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Primeira Seção*, DJe de 06/10/2017.

V. No caso, a Portaria demissória embasou-se em condutas infracionais disciplinares dolosas, praticadas pelo impetrante, apuradas em processo administrativo disciplinar, as quais se subsumem aos ditames da Lei 8.112/90, sendo puníveis com demissão. Com efeito, foi o impetrante incurso nas infrações previstas no art. 117, IX, da Lei 8.112/90 (valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública) e no art. 132, IV, da referida Lei (improbidade administrativa), para as quais o art. 132 do mesmo diploma legal prevê apenas a pena de demissão (art. 132, XIII, da Lei 8.112/90).

VI. A jurisprudência desta Corte também tem-se orientado no sentido de afastar a eventual ofensa ao princípio da proporcionalidade, quando a pena de demissão do serviço público for a única punição prevista em lei pela prática das infrações disciplinares praticadas pelo servidor (STJ, MS 15.832/DF, Rel. Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, *Primeira Seção*, DJe de 01/08/2012; MS 17.868/DF, Rel. Ministro *Sérgio Kukina*, *Primeira Seção*, DJe de 23/03/2017; MS 20.052/DF, Rel. Ministro *Gurgel de Faria*, *Primeira Seção*, DJe de 10/10/2016).

VII. Demonstrada a prática de infração aos arts. 117, IX, e 132, IV e XIII, da Lei 8.112/90, o ato de demissão é vinculado. Nesse sentido: “A Administração Pública, quando se depara com situações em que a conduta do investigado se amolda nas hipóteses de demissão ou cassação de aposentadoria, não dispõe de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa por tratar-se de ato vinculado. Nesse sentido, confira-se: [...] o administrador não tem qualquer margem de discricionariedade na aplicação da pena, tratando-se de ato plenamente vinculado. Configurada a infração do art. 117, XI, da Lei 8.112/90, deverá ser aplicada a pena de demissão, nos termos do art.132, XIII, da Lei 8.112/90, sob pena de responsabilização criminal e administrativa do superior hierárquico desidioso (MS 15.437/DF, Rel. Ministro *Castro Meira*, *Primeira Seção*, DJe 26/11/2010)” (STJ,

MS 15.517/DF, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, *Primeira Seção*, DJe de 18/02/2011).

VIII. Ademais, “o fato de os servidores terem prestado anos de serviços ao ente público, e de terem bons antecedentes funcionais, não é suficiente para amenizar a pena a eles impostas se praticadas, como no caso, infrações graves a que a lei, expressamente, prevê a aplicação de demissão” (STJ, MS 12.176/DF, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, *Terceira Seção*, DJe de 08/11/2010). Em igual sentido: STJ, MS 8.526/DF, Rel. Ministro *Hamilton Carvalhido*, *Terceira Seção*, DJU de 02/02/2004.

IX. Outros precedentes da Primeira Seção do STJ apreciaram, nas mais diversas oportunidades, outros mandados de segurança, relacionados ao mesmo PAD 10168.000551/2011-85 (MS 19.990/DF, Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Primeira Seção*, DJe de 02/04/2014; MS 19.992/DF, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, *Primeira Seção*, DJe de 19/03/2014; MS 19.991/DF, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Primeira Seção*, DJe de 23/04/2014; MS 19.993/DF, Rel. Ministra *Marga Tessler* (Desembargadora Federal convocada do TRF/4ª Região), *Primeira Seção*, DJe de 17/03/2015; AgInt no MS 19.977/DF, Rel. Ministro *Sérgio Kukina*, *Primeira Seção*, DJe de 18/12/2017; AgInt no MS 19.996/DF, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Primeira Seção*, DJe de 1º/08/2017). No caso ora em julgamento, a Comissão Processante, no âmbito do PAD, recomendou a pena de demissão ao ora impetrante, trazendo a devida motivação, a qual foi ratificada, pelo parecer da Consultoria Jurídica, e adotada pela autoridade ora impetrada, como fundamento, ao aplicar a sanção, ora impugnada.

X. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, denegar a segurança, nos termos do voto da Sra. Ministra Assusete Magalhães, que lavrará o acórdão.

Votaram com a Sra. Ministra Assusete Magalhães os Srs. Ministros Benedito Gonçalves (voto-vista), Sérgio Kukina e Regina Helena Costa.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Og Fernandes, Gurgel de Faria, Francisco Falcão e Herman Benjamin.

Brasília (DF), 14 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministra Assusete Magalhães, Relatora p/ acórdão

DJe 19.12.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Mandado de Segurança com pedido de medida liminar impetrado por WALDEMIR MANOEL ALVES, por meio do qual aponta como autoridade coatora o MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA e, como ato coator, a Portaria 44 de 20 de fevereiro de 2013 que demitiu o Impetrante do cargo de Técnico em Contabilidade.

2. Alega o impetrante que foi acusado no Processo Administrativo Disciplinar 10168.000551/2011-85, que culminou com a aplicação da pena de demissão, com fundamento nos arts. 117, IX e 132, IV e XIII da Lei 8.112/90, em razão do recebimento indevido de diárias.

3. Aduz que, no momento da individualização da pena, não foram observadas as disposições contidas no art. 128 da Lei 8.112/90, bem como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, previstos no art. 2o. da Lei 9.784/1999, uma vez que não levaram em conta as circunstâncias funcionais do caso (prejuízo ínfimo causado aos cofres públicos, bons antecedentes e considerável tempo de serviço público - 29 anos e 314 dias).

4. Requereu a concessão da tutela de urgência e sua posterior confirmação, concedendo-se a segurança, para determinar o imediato retorno do impetrante ao cargo que anteriormente ocupava, *sem prejuízo da reintegração à folha de pagamento dos servidores do Ministério da Fazenda no Estado da Paraíba, determinando-se, ainda, que o adimplemento referente à competência de Março de 2013 se efetive em até 72 (setenta e duas) horas, sob pena de multa diária* (fls. 13).

5. O pedido liminar foi indeferido (fls. 3.180/3.182).

6. O douto Ministro de Estado do Estado da Justiça prestou as informações de estilo às fls. 3.192/3.337, oportunidade em que alega, preliminarmente: (a) a inadequação da via eleita, em razão da necessidade de ampla dilação probatória e da restrição do Mandado de Segurança como sucedâneo de ação de cobrança; e (b) impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que não é permitido ao Poder Judiciário se imiscuir no poder discricionário da Administração de avaliar os elementos de prova de PAD.

7. Quanto ao mérito, aduz que ficou devidamente comprovado que o ora impetrante, valendo-se da sua condição de servidor público, simulou a necessidade de viagem a serviço, com o fim de auferir valores de diárias indevidas, e, assim, lograr proveito pessoal, motivo pelo qual, tendo em vista a natureza e a gravidade da infração apurada, a pena de demissão era a mais apropriada à hipótese.

8. O douto Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República FLÁVIO GIRON, manifestou-se pela denegação da segurança. É o relatório.

VOTO VENCIDO

EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR LOTADO NA SUPERINTENDÊNCIA DE ADMINISTRAÇÃO DO MINISTÉRIO DA FAZENDA NO ESTADO DA PARAÍBA. PAD. ACUSAÇÃO DE RECEBIMENTO INDEVIDO DE DIÁRIAS. PENA APLICADA: DEMISSÃO. SERVIDOR QUE DETINHA CONCEITO FUNCIONAL IRREPREENSÍVEL. CONFIGURADA AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. SEGURANÇA CONCEDIDA, ENTRETANTO, PARA ANULAR A PENA DE DEMISSÃO, DETERMINANDO A IMEDIATA REINTEGRAÇÃO DO SERVIDOR, COM O RESSARCIMENTO DE TODOS OS SEUS DIREITOS.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou seu posicionamento no sentido de ser cabível a impetração de Mandado de Segurança contra ato administrativo que impôs sanção disciplinar de demissão ao Servidor, porquanto os atos administrativos comportam controle

jurisdicional amplo, conferindo garantia a todos os Servidores contra eventual arbítrio, não se limitando, portanto, somente aos aspectos legais e formais, como algumas correntes doutrinárias ainda defendem.

2. Por força dos princípios da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana e da culpabilidade, aplicáveis ao regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a Servidor Público em razão de infração disciplinar. Destarte, o controle jurisdicional é amplo, de modo a conferir garantia a todos os Servidores contra eventual arbítrio, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais, como algumas correntes doutrinárias ainda defendem.

3. O Poder Judiciário pode e deve sindicá-lo amplamente, em Mandado de Segurança, o ato administrativo que aplica a sanção de demissão a Servidor Público, para (i) verificar a efetiva ocorrência dos ilícitos imputados ao Servidor; (ii) apurar as suas consequências lesivas à Administração, caso se comprove a sua prática; e (iii) mensurar a adequação da reprimenda à gravidade da infração disciplinar, de modo que a sanção não fique aquém do recomendável pela gravidade do ato e nem vá além do necessário ou razoável para reprimir o comportamento do agente.

4. O impetrante sofreu a pena de demissão imposta pela Portaria 44, de 20.2.2013, em razão de irregularidades administrativas relacionadas a viagens a serviço e uso indevido de diárias.

5. Malgrado as condutas descritas possam merecer reprimendas, pois ferem, em tese, princípios da Administração Pública, comprometendo a prestação do serviço público e a imagem das instituições públicas perante a sociedade, verifica-se, todavia, não serem graves o bastante para ensejar a pena de demissão, sob pena de ofensa aos princípios de proporcionalidade e da razoabilidade.

6. É inadequada a penalidade de demissão aplicada, além do que, não há, nos antecedentes funcionais do Impetrante, qualquer registro de penalidades, nos quase 30 anos de serviço público que possui. Neste contexto, revela-se efetivamente desproporcional e desarrazoada a pena de demissão impingida ao impetrante pela Autoridade Impetrada.

7. Segurança concedida, para anular a Portaria 44, de 20.2.2013, determinando a imediata reintegração do Servidor, com o devido ressarcimento de todos os seus direitos.

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Destaque-se, inicialmente, que este Superior Tribunal de Justiça firmou a orientação de ser cabível a impetração de Mandado de Segurança contra ato administrativo que impôs sanção disciplinar de demissão ao Servidor, sendo certo que comportam controle jurisdicional amplo, conferindo garantia a todos os Servidores contra eventual arbítrio, não se limitando, portanto, somente aos aspectos legais e formais, como algumas correntes doutrinárias ainda defendem.

2. Nesses casos, deve o Poder Judiciário examinar a *razoabilidade* e a *proporcionalidade* do ato, bem como a observância dos princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e da individualização da sanção; por força destes princípios, aplicáveis ao regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a Servidor Público em razão de infração disciplinar.

3. O Poder Judiciário pode (e deve) sindicá-lo amplamente, em Mandado de Segurança, o ato administrativo que aplica a sanção de demissão a Servidor Público, para (i) verificar a ocorrência dos ilícitos imputados ao Servidor; (ii) apurar as suas consequências lesivas à Administração, caso se comprove a sua prática; e (iii) mensurar a adequação da reprimenda à gravidade da infração disciplinar, de modo que a sanção não fique aquém do recomendável pela gravidade do ato e nem vá além do necessário ou razoável para reprimir o comportamento do agente.

4. Ademais, ainda que se adote (o que não é o caso) a orientação mais rígida, a qual defende que o mérito do ato administrativo pertence unicamente à autoridade administrativa competente, sendo vedado ao Poder Judiciário, em Mandado de Segurança, rever o juízo administrativo, por certo, não se pode admitir empecilho à atividade jurisdicional no que concerne à análise da simetria entre a infração praticada e a penalidade imposta ao Servidor, uma vez que a imposição de sanções - tanto na esfera administrativa quanto na penal - deve se fiar rigorosamente aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e individualização das penas, como dito.

5. Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

MANDADO DE SEGURANÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PRELIMINARES AFASTADAS. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DESCRIÇÃO DOS FATOS A SEREM INVESTIGADOS NA PORTARIA INAUGURAL. DESNECESSIDADE. DETALHAMENTO REALIZADO NA INDICIAÇÃO. INTERVENÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. ATUAÇÃO JUNTO AO PODER JUDICIÁRIO PARA SOLICITAR AS PROVAS

PRODUZIDAS NA AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE OITIVA DE TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCESSO DE PRAZO NA CONCLUSÃO DO PAD. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE RESPEITADO. PROVA EMPRESTADA. ADMISSIBILIDADE. DECISÃO TOMADA EXCLUSIVAMENTE COM BASE NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. INOCORRÊNCIA. INTIMAÇÃO DO ADVOGADO DOS ATOS PRATICADOS. VERIFICAÇÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. JULGAMENTO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Restringindo pretensão do impetrante ao procedimento adotado no processo administrativo disciplinar, cujo teor foi encartado aos autos, não há se falar em inadequação da via eleita pela necessidade de dilação probatória.

2. É reconhecida a possibilidade jurídica do pedido do mandado de segurança impetrado contra ato de demissão de servidor público, pois o ato administrativo que impõe a sanção disciplinar está vinculado aos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade. Assim, o controle jurisdicional é amplo e não se limita somente aos aspectos formais do procedimento.

[...].

11. Além da conhecida independência das esferas administrativa, cível e penal, o atual entendimento jurisprudencial é de que a aplicação da pena de demissão em casos de improbidade administrativa não é exclusividade do Judiciário.

12. Mandado de segurança a que se denega a ordem (MS 14.504/DF, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 20.8.2013).

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADES. NÃO CARACTERIZADAS. CONTROLE JURISDICIONAL. POSSIBILIDADE. ART. 18 DA LEI 10.683/03 C.C. O ART. 40. DO DECRETO 5.480/05. CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. COMPETENTE PARA INSTAURAR OU AVOCAR PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES E APLICAR SANÇÕES DE DEMISSÃO DE CARGO PÚBLICO E DESTITUIÇÃO DE CARGO COMISSIONADO. PRECEDENTES. MANDADO DE SEGURANÇA. LEI EM TESE. VEDAÇÃO. SÚMULA 266 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DEMISSÃO DECORRENTE DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO EXPRESSAMENTE TIPIFICADO NA LEI 8.492/1992. PROCESSO JUDICIAL PRÉVIO PARA APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO. DESNECESSIDADE. PREPONDERÂNCIA DA LEI 8.112/90. SUPOSTA NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO AO IMPETRANTE. PRINCÍPIO *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. DANO AO ERÁRIO. DESONESTIDADE, DESLEALDADE E MÁ-FÉ DO AGENTE. INEXISTENTES. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO CARACTERIZADA. SEGURANÇA CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

1. No caso de demissão imposta a servidor público submetido a processo administrativo disciplinar, não há falar em juízo de conveniência e oportunidade

da Administração, visando restringir a atuação do Poder Judiciário à análise dos aspectos formais do processo disciplinar. Nessas circunstâncias, o controle jurisdicional é amplo, no sentido de verificar se há motivação para o ato demissório, pois trata-se de providência necessária à correta observância dos aludidos postulados.

[...].

4. O fato de o ato demissório não defluir de condenação do servidor, exarada essa no bojo de processo judicial, não implica ofensa aos ditames da Lei 8.492/92, nos casos em que a citada sanção disciplinar é aplicada como punição a ato que pode ser classificado como de improbidade administrativa, mas não está expressamente tipificado no citado diploma legal, devendo, nesses casos, preponderar a regra prevista na Lei 8.112/90.

5. Eventual nulidade processual exige a respectiva comprovação do prejuízo à defesa, o que não ocorreu no presente caso. Assim, aplicável à espécie o princípio do *pas de nullité sans grief*.

6. A improbidade administrativa é imputação que deve ter como escopo a punição do agente público desonesto e desleal, cuja conduta esteja inquinada pela deslealdade, desonestidade, má-fé e desrespeito aos princípios da administração pública, tendo como objetivo manifesto a obtenção de vantagem indevida para si ou para outrem em flagrante prejuízo ao erário.

7. Não há prova cabal de: (i) má-fé, deslealdade ou desonestidade; (ii) dano ao erário, porque os serviços contratados e pagos foram efetivamente realizados, sem arguição quanto a superfaturamento; (iii) corrupção; ou (iv) que tenha decorrido benefício ilícito para o Impetrante ou em favor de terceiros.

8. Segurança concedida. Prejudicado o agravo regimental interposto contra a decisão que negou a liminar (MS 13.520/DF, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 2.9.2013).

6. Na hipótese sob exame, da leitura dos autos, verifica-se que o impetrante sofreu a pena de demissão imposta pela Portaria 44, expedida pelo Ministro de Estado da Fazenda em 20.2.2013, por simular a necessidade de viagem a serviço, com o escopo de auferir valores referentes a diárias indevidas; tal conduta ensejaria nas infrações previstas no art. 137, parágrafo único da Lei 8.112/90. Estes atos foram objeto de investigação pelo Processo Administrativo Disciplinar 10168.000551/2011-85 instaurado pelo Subsecretário de Planejamento, Orçamento e Administração da Secretaria Executiva do Ministério da Fazenda, cujo relatório final encontra-se às fls. 1.602/1.891.

7. Neste documento, consta que a Comissão Processante indiciou o impetrante nos seguintes termos:

Particularizando o caso do acusado Waldemir Manoel Alves, tanto ele quanto os demais colegas de trabalho sabiam que o titular Mário Sérgio Araújo não

comparecia ao trabalho, recebia diárias e não viajava além de fazer uso de veículo oficial para fins particulares. A conivência com os fatos, acreditamos, fazia com que todos silenciassem perante os desmandos. Assim se comportava o acusado e todos os outros, assumindo a responsabilidade da conivência porque o acusado e vários outros colegas idealizavam viagens, às vezes a mando do próprio titular, viagens estas sem motivações, com o intuito de auferir/distribuir diárias para o titular, o acusado e tantos outros servidores que viajavam e fingiam que estavam realizando tarefas a serviço da Administração.

Manter os olhos e ouvidos fechados para as mais diversas irregularidades, silenciando sobre os fatos que aconteceram durante longos períodos configurase como sendo uma atitude de conivência com o erro. Tanto é que ao longo dos tempos e após inúmeros desmandos, bastou que aportasse na Administração superior uma denúncia anônima para que esta Comissão fosse instaurada e os fatos esclarecidos, apontando os infratores e as suas responsabilidades. Fica, pois, à luz dos autos, mantidos os termos da indicição quando acusamos o servidor Waldemir Manoel Alves de manter comportamento omissivo e conivente com estado de coisas reinante naquela SAMF/PB.

Apesar da contradita apresentada pela Defesa, é impossível acreditar que o acusado Waldemir Manoel Alves, responsável pelo Setor Financeiro, desconhecia estes fatos. Apesar de estar ciente de todas estas irregularidades, o acusado silenciou, assumindo para si a responsabilidade da conivência com o erro.

(...).

17.3 - À luz dos autos e sob o jugo da Lei, a Comissão propõe a aplicação das seguintes penalidades:

(...).

- DEMISSÃO - por inobservância e descumprimento ao preceituado nos Artigos 116, incisos I, III, IV, VI e IX e artigo 117 inciso IX, todos da Lei 8.112/90, para o servidor Waldemir Manoel Alves SIAPE n. 0712306, CPF n. 119.593.392-49, sem prejuízo de fazer devolução ao Erário o valor de R\$ 2.190,19 (dois mil cento e noventa reais e dezenove centavos) recebido indevidamente a título de diárias, conforme - planilha/demonstrativo às fls. 1.561 a 1.563 - VOLUME V (fls. 1.820/1.826).

8. Por sua vez, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - Coordenação Jurídica de Ética e Disciplina, em parecer de fls. 1.854/1.891, opinou pelo acolhimento do Relatório Conclusivo da Comissão Processante, que enquadrou o servidor nas infrações disciplinares previstas nos arts. 117, IX e 132, IV e XIII da Lei 8.112/90 e que a medida recomendada é a pena de demissão.

9. Ato contínuo, o MINISTRO DA FAZENDA, adotando seus termos, aplicou a pena de demissão ao ora impetrante.

10. A análise que se propõe no presente *mandamus* limita-se a averiguar se foi razoável a imposição da gravíssima pena de demissão.

11. Malgrado deva-se reconhecer que as condutas descritas merecem reprimendas, pois ferem princípios da Administração Pública, comprometendo a prestação do serviço público e a imagem das instituições públicas perante a sociedade, verifica-se, todavia, serem insuficientes para ensejar a pena de demissão, sob pena de ofensa aos princípios de proporcionalidade e de razoabilidade.

12. Daí por que se entender pela inadequação da penalidade aplicada, além do que, não há, em seus antecedentes funcionais, qualquer registro de penalidades.

13. Como se sabe, o poder disciplinar da Administração é representado pela faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores, controlando suas condutas internas. Por outro lado, a punição administrativa há de se nortear segundo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, não se ajustando a espécie dos autos, a pena de demissão.

14. Nesse sentido, é firme o posicionamento desta Corte de que, embora as sanções administrativas disciplinares aplicáveis ao Servidor Público sejam legalmente fixadas em razão da própria infração - e não entre um mínimo e máximo de pena, como ocorre na seara criminal -, não está a Administração isenta da demonstração da proporcionalidade da medida (adequação entre a infração e a sanção), uma vez que deverá observar os parâmetros do art. 128 da Lei 8.112/90 (natureza e gravidade da infração, danos dela decorrentes e suportados pelo Serviço Público, circunstâncias agravantes e atenuantes e ainda os antecedentes funcionais).

15. A propósito, os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. POLICIAL MILITAR. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DO ILÍCITO PENAL E AUSÊNCIA DE PROVA DA AUTORIA. IRREGULARIDADE DE PROCEDIMENTO. PENA DE DEMISSÃO. DESPROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO APLICADA. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA PROVIDO. DECISÃO MONOCRÁTICA FUNDAMENTADA EM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Em se tratando de imposição penalidade de demissão, a Administração deve observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade entre ato e sanção, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes do STJ.

2. Muito embora tenha havido impropriedade na conduta adotada pelo agravado, verifica-se que a pena de demissão, imposta pelo Subcomandante-Geral da PM do Estado do Amazonas, contraria os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, tendo em vista não haver, nos autos, qualquer prova de que tenha ocorrido fato típico ou antijurídico, que ensejasse sanção de tamanha gravidade.

3. “O controle pelo Poder Judiciário de ato administrativo eivado de ilegalidade ou abusividade não viola o princípio da separação dos poderes, podendo-se aferir a razoabilidade e a proporcionalidade da sanção aplicável à conduta do servidor” (RE 634.900 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 02/04/2013).

4. A decisão monocrática ora agravada baseou-se em jurisprudência do STJ, razão pela qual não merece reforma.

5. Agravo regimental não provido (AgRg no RMS 33.754/AM, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 24.11.2014).

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. IRREGULARIDADES FORMAIS. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. OCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. A regra de impedimento do magistrado somente se aplica nos casos em que o julgador tenha participado em outro grau de jurisdição em um mesmo processo judicial, conforme dispõe o art. 134, III, do CPC, e não quando a sua participação anterior tenha ocorrido na esfera administrativa, mormente quando essa participação tenha sido sem voto.

2. Não se declara a nulidade de ato sem prejuízo. Aplicação do princípio do “pas de nullité sans grief”.

3. A conduta imputada à servidora (uso de documento falso), em tese, violaria o princípio da moralidade administrativa e, por conseguinte, autorizaria a punição de demissão. No entanto, a imposição da sanção máxima no serviço público fundamentada em prova isolada, qual seja, uma única declaração pessoal, sem testemunhas e sem nenhuma prova documental, mostra-se desarrazoada e vicia a própria motivação do ato administrativo, sendo, portanto, passível de anulação.

4. Recurso provido para anular a demissão da recorrente e determinar a sua reintegração ao cargo público (RMS 35.299/PE, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 13.5.2014).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. OFICIAL DE JUSTIÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. FALTA AO DEVER FUNCIONAL. PRELIMINAR. DECADÊNCIA. INSUBSISTENTE. UTILIZAÇÃO DE PUNIÇÃO MUITO ANTIGA COMO AGRAVANTE. DESCABIDO. PRECEDENTE.

ANULAÇÃO DA DEMISSÃO POR DESATENÇÃO À PROPORCIONALIDADE. DIREITO. APLICAÇÃO DE NOVA PENA. POSSIBILIDADE. LÍQUIDO E CERTO EXISTENTE.

1. Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto contra acórdão que denegou a segurança, em pleito de anulação de penalidade de demissão aplicada a serventuário da justiça estadual que se mostrou omisso em relação ao dever. Argumenta o recorrente que houve desproporção na aplicação da penalidade, porquanto considerado como agravante uma penalidade aplicada há mais de dez anos.

2. Não prospera a preliminar de decadência na impetração, já que o ato coator é o acórdão que julgou o recurso administrativo interposto pelo servidor. A decisão do colegiado foi publicada em 3.2.2010 (fl. 57, e-STJ), e o writ of mandamus foi impetrado em 31.5.2010 (fl. 01, e-STJ). Logo, dentro do prazo previsto no art. 23 da Lei n. 12.016/2009. Precedente: RMS 33.574/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 24.8.2011.

3. Há precedente da Sexta Turma aplicável ao caso concreto, pois não é possível considerar que um fato tão longo seja considerado como agravante, sob o risco de violar o ditame constitucional que veda a perpetuidade das penas; a se manter a decisão administrativa impugnada, ter-se-ia considerado que um servidor apenado poderia ser considerado reabilitado. Precedente: REsp 817.540/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 19.10.2009.

4. A Quinta Turma acordou precedente do mesmo Tribunal, no qual manteve a penalidade de suspensão aplicada contra servidor, em caso similar ao dos autos, o que demonstra a desproporção da demissão. Precedente: RMS 30.806/ES, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 26.4.2010.

5. É possível anular judicialmente o ato demissional que ocorre em desatenção ao acervo probatório dos autos e com desatenção à proporcionalidade na sanção, sem prejudicar eventual aplicação de diversa penalidade administrativa. Precedente: MS 15.810/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 30.3.2012; o pedido da inicial versa sobre a anulação da punição, contudo demandando uma nova apreciação administrativa - com eventual pena - a ser aplicada pela autoridade.

Recurso ordinário provido (RMS 36.347/ES, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 6.3.2014).

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO APLICADA. TESE DE DESCABIMENTO DE APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AFASTADA. LEI DE IMPROBIDADE QUE NÃO SERVIU DE AMPARO À DEMISSÃO DO SERVIDOR. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E SANÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS DITAMES CONTIDOS NA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 04/90 - ESTATUTO DOS SERVIDORES PÚBLICOS

DO ESTADO DE MATO GROSSO. PENA DE DEMISSÃO. DESPROPORCIONALIDADE. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE NA VIA MANDAMENTAL. CONTROLE AMPLO DO ATO ADMINISTRATIVO PELO PODER JUDICIÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Nos termos da Súmula Vinculante n. 05/STJ: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

2. A tese de nulidade do processo administrativo disciplinar em razão da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa é manifestamente infundada. Da simples leitura do acórdão recorrido, resta evidente que a referência feita à Lei n. 8.429/92 não repercutiu no resultado do julgamento administrativo, pois objetivou apenas capitular os atos de improbidade, cuja prática, nos termos do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de Mato Grosso (LCE n. 04/90), é punível com a pena de demissão.

3. É cabível a impetração de mandado de segurança contra ato administrativo que impôs sanção disciplinar de demissão ao servidor, porquanto os atos administrativos comportam controle jurisdicional amplo. Nesses casos, o controle não se limita aos aspectos legais e formais do procedimento. Deve o Poder Judiciário examinar a razoabilidade e a proporcionalidade do ato, bem como a observância dos princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e da individualização da sanção. Precedentes do STJ.

4. Na hipótese, constata-se que o Tribunal de origem se distanciou da orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal, pois, a despeito de consignar ser possível a modificação da pena de demissão por outra mais branda, em face das peculiaridades do caso concreto - devolução dos valores e confissão espontânea do Recorrente -, assim não procedeu, por entender que a revisão pelo Judiciário do ato administrativo disciplinar está adstrita ao exame da legalidade do procedimento disciplinar, e do cabimento e da regularidade formal da penalidade, sendo inviável, portanto, a análise do mérito administrativo.

5. Outrossim, não estando o acórdão recorrido em sintonia com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, é medida que se impõe a cassação do acórdão recorrido quanto a esse aspecto, devendo os autos serem devolvidos ao Tribunal de origem para que seja realizado o exame da proporcionalidade da aplicação da pena de demissão em face da conduta perpetrada pelo Impetrante, ora Recorrente.

6. Recurso ordinário em mandado de segurança parcialmente provido (RMS 17.735/MT, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 25.11.2013).

16. Com efeito, é bom deixar bem claro que não se está defendendo a impunidade administrativa da impetrante, mas tão só admitindo que a pena de demissão não condiz com o ato punível; diante de todas as contingências desvendadas.

17. Em face do exposto, voto pela concessão da segurança, para anular a Portaria 44 expedida em 20.2.2013 pelo Ministro da Justiça, determinando a imediata reintegração do Servidor, bem como o pagamento imediato das parcelas vencimentais devidas, desde a publicação da Portaria de demissão até a data do seu efetivo retorno ao cargo público.

18. É como voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por WALDEMIR MANOEL ALVES, contra suposto ato ilegal do MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA, consubstanciado na Portaria/MF 44, publicada no DOU de 22/02/2013 (fls. 1.892/1.896e), por meio da qual lhe aplicou a pena de demissão do cargo de Técnico em Contabilidade, pela prática de improbidade administrativa e por valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com fundamento no art. 132, IV e XIII, c/c o art. 117, IX, da Lei 8.112/90.

Sustenta o impetrante que o ato apontado como coator aplicou-lhe a pena de demissão pelo suposto recebimento de diárias indevidas, no valor de R\$ 2.190,00 (dois mil, cento e noventa reais). Em suas próprias palavras:

Em 29.03.2011, o Subsecretário de Planejamento, Orçamento e Administração da Secretaria Executiva do Ministério da Fazenda, por meio da Portaria n. 311, designou 03 (três) servidores para constituírem Comissão de Processo Administrativo Disciplinar, incumbida de apurar possíveis irregularidades referentes aos atos e fatos constantes do *processo n. 10168.000551/2011-85*, conforme se verifica à fl. 17 dos autos do referido feito administrativo, em anexo, o qual aqui será resumidamente tratado por PAD.

O cerne do mencionado PAD se constituiu na apuração do recebimento indevido de diárias por parte de servidores lotados na Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Estado da Paraíba – SAMF/PB.

Concluída instrução do processo (interrogatórios e juntada de documentos), e após a apresentação de defesas escritas por parte da ora impetrante e dos demais investigados, a Comissão remeteu à autoridade instauradora do PAD o Relatório Conclusivo (fls. 1.566/1.790 do PAD), nos termos do artigo 165 da Lei 8.112/1990, em cujo documento foi imposta ao impetrante a penalidade demissão.

Como a aplicação da punição proposta pela Comissão excede a competência da autoridade instauradora do PAD, com base no artigo 167, § 1º, da Lei n.

8.112/1990, foram os respectivos autos encaminhados ao Ministério da Fazenda a fim de que se procedesse ao julgamento (fl. 1.793 do PAD).

Em seguida, remeteram-se os autos à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para análise e manifestação, oportunidade na qual foi emitido o Parecer PGFN/COJED/N. 84/2012 (fls. 1.817/1.854 do PAD).

Por meio do aludido parecer, o órgão consultivo se posicionou pela manutenção da penalidade outrora sugerida, conforme se observa no seguinte trecho extraído daquele documento:

i) Aplicar ao servidor público federal WALDEMIR MANOEL ALVES, Técnico em Contabilidade, matrícula SIAPE n. 0712306, a pena de DEMISSÃO, por ato de improbidade administrativa e por valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com fundamento no art. 132, incisos IV e XIII, este combinado com o art. 117, inciso IX, da Lei n. 8.112, de 1990, com restrição de retorno ao serviço público federal, nos moldes do art. 137, parágrafo único, do mesmo diploma legal.

Registre-se, por oportuno, que as circunstâncias fáticas que motivaram a penalidade de demissão guardam correspondência unicamente com a percepção indevida de diárias. É o que se observa no seguinte trecho do parecer:

Da capitulação do servidor Waldemir Manoel Alves

146. Ficou comprovado que o indiciado, dolosamente, utilizando-se da condição de servidor público, simulou a necessidade de viagem a serviço, com o fim de auferir valores de diárias indevidas, e assim lograr proveito pessoal, cometendo, ao mesmo tempo, atos de improbidade administrativa.

Em 20.02.2013, a autoridade julgadora, por meio de despacho (fls. 1.855/1.857 do PAD), aprovou o Parecer PGFN/COJED/N. 84/2012, acima referenciado, em todos os seus termos, determinando a aplicação da pena de demissão ao servidor público ora impetrante, sendo publicada, em seguida, a respectiva portaria (fl. 1.859 do PAD).

Assim, teve o impetrante o seu vínculo estatutário cessado com a Administração Pública Federal, já tendo deixado de receber os vencimentos correspondentes à competência MARÇO/2013, não possuindo, atualmente, outra fonte de renda que lhe garanta a subsistência, bem como a de sua família (fls. 1/3e).

Aduz que o ato apontado como coator violou os arts. 128 da Lei 8.112/90 e 2º da Lei 9.784/99, porquanto desproporcional a pena de demissão a ele aplicada, tendo em vista que o parecer da Consultoria Jurídica do Ministério da

Justiça, posteriormente acatado pela autoridade impetrada, “*não levou em conta os aspectos ínsitos à dosimetria da punição que militam em favor do impetrante*” (fl. 4e), em especial o fato de que: (a) em seus quase 30 (trinta) anos de serviço público, jamais sofrera qualquer registro desabonador de sua conduta funcional; e, ainda, (b) que o prejuízo causado ao Erário seria de R\$ 2.190,19 (dois mil, cento e noventa reais e dezenove centavos), inferior ao seu vencimento mensal, de modo que “*não dá para afirmar que o seu patrimônio foi significativamente elevado à custa do erário federal a ponto de justificar a demissão*” (fl. 5e).

Nesse sentido, traz à colação precedentes desta Corte, em que foi reconhecida a nulidade de pena de demissão aplicada a servidores públicos, em face de ofensa ao princípio da proporcionalidade (STJ, AgRg no AREsp 34.968/DF, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, DJe de 07/08/2012; REsp 1.346.445/RN, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 25/10/2012; MS 7.005/DF, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, TERCEIRA SEÇÃO, DJU de 04/02/2002).

Da mesma forma, aponta precedentes dos Tribunais Regionais Federais da 1ª e da 5ª Regiões, que corroborariam a tese de que a percepção indevida de diárias não autorizaria a aplicação da pena de demissão (TRF/1ª Região, AC 2002.39.01.0006504, Rel. Convocada Juíza Federal ADVERCI RATES MENDES DE ABREU, DJe de 09/03/2012; TRF/5ª Região, AG 62.556, Rel. Desembargador Federal MARCELO NAVARRO, DJe de 14/03/2007).

À luz desses argumentos, requereu o deferimento de medida liminar, e, no mérito, a concessão da segurança, para:

(...) determinar que sejam anulados os atos administrativos (julgamento e portaria) que impuseram a demissão do impetrante, com a sua conseqüente reintegração ao cargo público federal que anteriormente ocupava e o pagamento das diferenças remuneratórias devidas a partir do ato demissional, sem prejuízo de que, em nova e regular decisão, a administração pública aplique a penalidade adequada à infração administrativa que ficar efetivamente comprovada (fl. 14e).

O pedido de gratuidade da justiça foi deferido, pelo Ministro Presidente (fl. 3.173e).

O Relator, Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, indeferiu a liminar requerida (fls. 3.180/3.182e).

A autoridade impetrada prestou informações.

O Ministério Público Feral, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República FLÁVIO GIRON, assim ementado, opinou pela *denegação* da segurança (fls. 3.349/3.352e):

Procedimento Administrativo Disciplinar. Aplicação da pena de demissão. Inexistência da liquidez e certeza do direito invocado. Procedimento administrativo sem qualquer eiva de ilegalidade. A demissão, no presente caso, é ato vinculado, não havendo que se falar em aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Precedente. Ademais, a mensuração e aplicação ou não da sanção administrativa é feita pela autoridade competente - o Administrador Público - sendo defeso ao Poder Judiciário adentrar ao mérito administrativo, limitando-se a examinar sua legalidade e competência, sob pena de constituir o magistrado em uma espécie de revisor dos atos administrativos punitivos. Parecer pela denegação da segurança (fl. 3.349e).

Iniciado o julgamento do feito, o Relator, Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, afastando as preliminares de inadequação da via eleita e impossibilidade jurídica do pedido, suscitadas pela autoridade impetrada, votou pela *concessão* da segurança, para anular a Portaria 44, de 20/02/2013 – que impôs a pena de demissão ao impetrante –, determinando sua imediata reintegração ao serviço público, com o pagamento imediato das parcelas vencimentais, desde a publicação da aludida Portaria até o seu efetivo retorno ao serviço público.

A partir da premissa de que a pena de demissão, imposta ao impetrante, deveu-se ao fato de que ele simulara a necessidade de viagens a serviço, para receber valores referentes a diárias indevidas, entendeu o eminente Relator que, conquanto tais condutas mereçam reprimenda, “pois ferem princípios da Administração Pública, comprometendo a prestação do serviço público e a imagem das instituições públicas perante a sociedade”, não seriam elas suficientes para ensejar a demissão, sob pena de ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Para a melhor compreensão da controvérsia, pedi, antecipadamente, vista dos autos, mormente em face da suposta desproporcionalidade da pena de demissão aplicada ao impetrante, nos termos do art. 128 da Lei 8.112/90, em decorrência da alegação do impetrante, na inicial (fl. 2e), no sentido de que a pena decorreria *unicamente* da percepção indevida de diárias de pouca monta.

De início, quanto às preliminares suscitadas pela autoridade impetrada, tenho também por afastá-las, no caso. No entanto, “a jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que não cabe o exame da

alegação de que o conjunto probatório seria insuficiente para o reconhecimento da infração disciplinar, vez que seu exame exige a revisão do conjunto fático-probatório apurado no PAD, com a incursão no mérito administrativo, questões estas estranhas ao cabimento do *writ* e à competência do Judiciário”, porém, na via do mandado de segurança “*admite-se o exame da proporcionalidade e da razoabilidade da penalidade imposta ao servidor, porquanto se encontra relacionada com a própria legalidade do ato administrativo*” (STJ, AgInt no MS 20.515/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 1º/08/2017).

Por outro lado, extrai-se dos autos que, diversamente do alegado na inicial deste *mandamus* (fl. 2e) – e que foi admitido, pelo eminente Relator –, a pena de demissão *não* decorreu *apenas* da percepção indevida de diárias, mas de outras condutas praticadas pelo impetrante.

O Relatório Final da Comissão Processante, não obstante tenha feito a ressalva no sentido da necessidade de devolução, pelo ora impetrante, da quantia de R\$ 2.190,19 (dois mil, cento e noventa reais e dezenove centavos), fundamentou-se, para propor a pena de demissão, nas seguintes condutas:

(a) realização pelo impetrante, acompanhado de outros dois servidores, de viagens *injustificadas* à cidade de Recife/PE (rubrica “PCDP 006957/11”), mormente porque a justificativa apresentada à Comissão Processante seria diversa daquela oportunamente declarada à época;

(b) *omissão* de representar acerca do fato de que o servidor Mário Sérgio Araújo, chefe do impetrante, além de usar o veículo oficial para fins particulares, recebia diárias sem realizar as respectivas viagens;

(c) declaração *falsa* de utilização de veículo oficial;

(d) declaração *falsa* de viagem à Recife/PE (rubrica “PCDP 045571/10”), quando, na verdade, *injustificadamente*, o impetrante, acompanhado de outro servidor, deslocou-se para Natal/RN;

(e) pagamento *indevido* de 08 (oito) orçamentos *não autorizados* pelos gestores da SAMF/PB e órgãos jurisdicionados, dentre os quais: (d1) o pagamento no valor de R\$ 10.708,26 (dez mil, setecentos e oito reais e vinte e seis centavos), *referente à Nota Fiscal 000300, sem a prévia autorização da autoridade competente*; e (d2) da *Nota Fiscal 001576, de 12/11/2010, nada obstante os anexos a esse documento tenham sido “preenchidos de forma incompleta e/ou flagrantemente adulterados”* (fl. 1.818e);

(f) *não realização de pagamento* dos serviços elencados na *Nota Fiscal Eletrônica de Serviços n. 17, de 14/12/2010*, no valor de R\$ 12.410,86 (doze mil, quatrocentos e dez reais e oitenta e seis centavos).

Em relação à primeira viagem registrada sob a rubrica “PCDP 006957/11”, para a cidade de Recife/PE, confira-se o seguinte trecho do Relatório Final da Comissão Processante, *in verbis*:

Verifica-se, pois, que o preenchimento do objeto da PCDG 006957/11 não se coaduna com a versão do acusado por dois motivos simplórios: *Primeiro, porque claramente se constata que não subsiste a ideia de querer convencer sobre a regularidade de se realizar uma viagem para outro estado da federação para tratar de assuntos estritos da SAMF/PB. Segundo, porque o objeto da viagem difere do que o acusado declarou sobre as atividades que supostamente realizou naquela cidade de Recife/PE.*

(...)

REGISTRO - Para realizar esta viagem que se configurou numa empreitada mau (*sic*) sucedida, foram escalados 3 (três) servidores a saber: o acusado, sua colega Betânia Simões Marques e o seu chefe titular da SAMF/PB Mário Sérgio Araújo. *Via de regra este último viajante não compareceu a malfadada viagem, não justificou e muito pior o acusado e sua colega silenciaram sobre o fato.*

Por outro lado, uma consultoria externa que porventura viesse a tratar de temas de tamanha envergadura, teria que ser contratada mediante uma modalidade licitatória que coubesse ou convênio regular. Em depoimento o acusado ofereceu explicações nada convincentes para o fato de ir a Pernambuco naquela cidade de Recife, bater de porta em porta de Empresas Privadas, através de suposta prestação de serviços de consultoria de maneira gratuita. Revejamos as declarações do acusado sobre a inócua tarefa (...).

Além de não ter comparecido à SAMF/PE para tratar dos assuntos relacionados ao objetivo da viagem, o acusado ofereceu evasivas inaceitáveis quando sequer lembrou o nome das Empresas que supostamente visitou naquela viagem. Ao mesmo tempo o relatório de viagem apresentado em sua prestação de contas silencia totalmente quanto às supostas visitas.

(...)

REGISTRO - Para findar o assunto que ensejou a PCDP 006957/11 amparando uma viagem eivada de irregularidades a Defesa faz juntar aos autos cópia da Nota Fiscal de Serviço n. 007959, datada 30/11/2011, da Pousada da Praia Ltda (fls. 854 - VOLUME III), para justificar a hospedagem do acusado Waldemir Manoel Alves no período de 21 a 25/02/2011. No documento fiscal apresentado pela Defesa, (nota fiscal do hotel) verifica-se que a emissão ocorreu mais de nove meses após a suposta viagem, além de constar o valor de uma diária para cobrir um período de 05 (cinco) dias. Poder-se-ia inferir que o viajante sequer permaneceu no destino da tal viagem, pois para um período de permanência de cinco dias logrou comprovar apenas um dia de pousada. A respeito do comprovante de hospedagem do acusado, lembramos ao senhor Advogado que este assunto

não faz parte do bojo de irregularidades ora em apuração. *O que foi questionado na peça de acusação limitou-se à prova dos autos e nos autos ficou configurada a inutilidade da viagem perpetrada e levada a efeito pelo acusado e sua companheira Betânia que foi também indiciada. Lembramos ainda que, ao trazer para os autos quaisquer documentos que buscasse sustentar a realização da viagem serviu alimento que robusteceu a irregularidade (fls. 1.808/1.811e).*

Quanto à segunda viagem registrada sob a rubrica “PCDP 045571/10”, originalmente agendada para a cidade de Recife/PE, porém, realizada, de fato, para a cidade de Natal/RN, esclareceu a Comissão Processante que:

(...) A respeito à Comissão mantém as acusações para as irregularidades da viagem *PCDP 0045571/10* porque *não se altera o destino de uma viagem a serviço da Administração durante o início/percurso, muito menos sem a autorização e conhecimento prévio do gestor - no caso Mário Sérgio Araújo. O acusado Valdemir e seu companheiro de viagem modificaram o roteiro da viagem por conta e responsabilidade de ambos.* Deste modo, cai em descrédito a necessidade da realização da viagem tendo em vista que o destino foi modificado e pior, a Administração não foi consultada nem informada sobre a mudança feita à revelia dos gestores.

(...)

REGISTRO - Neste caso específico acima referido, uma breve consulta aos autos revela uma verdadeira *balbúrdia administrativa, onde o principal dirigente Mário Sérgio Araújo dava o péssimo exemplo no sentido de vilipendiar os recursos públicos destinados a custear diárias. Neste clima de exagerado desmando administrativo, certamente os subordinados absorviam para si a certeza da impunidade pelos atos que praticavam. O infrator Waldemir Manoel Alves sabia, de antemão, que poderia mudar o que bem entendesse naquela viagem sem o conhecimento do gestor. Sabia também, que poderia mudar o destino da viagem porque tinha certeza do consentimento do seu superior. Dessa forma as coisas aconteciam naquela SAMF/PR. Assim agiu porque tinha a certeza da impunidade, tendo em vista a bagunça e o péssimo exemplo do administrador. Este era o clima reinante na SAMF/PB.*

(...)

REGISTRO - *A referida viagem falseada a Recife/PE somente foi desmascarada quando a Comissão constatou que a quilometragem rodada (626 km) era incompatível com o trajeto necessário para o deslocamento João Pessoa x Recife x João Pessoa. Quando interrogado sobre a distância percorrida, o indiciado negou ter ido à cidade de Recife/PE, afirmando que o deslocamento se deu para SAMF/RN.*

Mais grave ainda, o acusado não solicitou alteração da PCDP e não apresentou justificativa plausível para a mudança arbitrária de destino, pactuada com o seu companheiro de viagem, o servidor Osmar Nogueira de Souza. Mesmo mudando por conta própria o destino da viagem, tendo se deslocado à cidade de Natal/RN, o

indiciado na sua prestação de contas apresentou relatório e solicitação de veículo referente à cidade de Recife/PE. Quando interrogado sobre o relatório apresentado, igual ao seu companheiro de viagem, Osmar Nogueira de Souza, constando o desenvolvimento dos trabalhos na SAMF/PE, afirmou: “foi um grande equívoco nosso”.

Em se tratando de viagem com atividades conjuntas (fls. 87 e 109 - ANEXO IV), o indiciado não levou ao conhecimento da Administração as irregularidades (mudança não autorizada de destino e ausência de recolhimento de valores recebidos a maior), pactuadas com o seu companheiro de viagem. Apresentou relatório de viagem, falseando a verdade, preferindo silenciar-se, assumindo para si a responsabilidade da conivência com o erro.

Assim esclarecido, não se tratou de erro administrativo o desvio da viagem decidido pelo acusado em comum acordo com o seu companheiro de viagem Osmar Nogueira de Souza. Tratou-se de uma irregularidade cometida conscientemente por ambos os infratores e ambos devem ser responsabilizados pelos fatos. Neste caso ora em destaque, deve ser responsabilizado o servidor Waldemir Manoel Alves (fls. 1.812/1.815e).

Quanto à imputação acerca do “pagamento indevido de 08 (oito) orçamentos não autorizados pelos gestores da SAMF/PB e Órgãos Jurisdicionados” (fl. 1.815e), entendeu a Comissão Processante que as Notas Fiscais apresentadas, que não estavam acompanhadas dos orçamentos autorizados, não têm respaldo legal para pagamento, não tendo o condão de comprovar a realização da despesa ali noticiada (fls. 1.815/1.816e), e, especificamente em relação à Nota Fiscal 17, de 14/12/2010, concluiu que o impetrante “não tinha motivos para se negar a pagar uma Nota Fiscal que se apresentava atestada pelo fiscal” (fls. 1.818/1.820e).

Ao final, a Comissão Processante ainda fez as seguintes considerações, em relação ao ora impetrante, *in verbis*:

(...) reafirmamos nosso convencimento sobre a conivência do acusado com a situação reinante de balbúrdia administrativa generalizada. O acusado, juntamente com vários assessores do titular Mário Sérgio, presenciavam cotidiana e repetidamente o péssimo exemplo de gestão do responsável pela ex-GRA/PB. Muitos foram os desmandos e dentre tantos, um verdadeiro festival de distribuição de diárias a título de remuneração para supostas viagens a serviço de servidores. Constatamos que as viagens eram desnecessárias. Em quase todas as viagens, constava o nome do titular da Unidade como viajante a serviço, juntamente com outros subordinados. Assim sendo, assessores e funcionários mais distantes sabiam que as viagens eram fictícias se de fato aconteciam, não se prestavam aos interesses da Administração.

Também viajante e laborando no comando do Setor Financeiro, o acusado contactava e despachava cotidianamente com o titular responsável pela Gerência de Administração. Negar desconhecer o que se passava de irregular na sua ante sala, envolvendo o seu chefe, é negação que não merece crédito. Tanto é que todos sabiam inclusive o acusado, sobre a ausência do titular ao trabalho. Neste caso da irregular abstinência ao trabalho do chefe do acusado, não se trata aqui de responsabilizá-lo pela irregularidade cometida pelo Mário Sérgio, que era o seu chefe imediato. Muito antes, trata a Comissão de não aceitar, sob hipótese alguma, que tantas irregularidades tenham sido cometidas num mesmo ambiente, envolvendo dezenas de pessoas, inclusive envolvendo o acusado e o seu chefe Mário Sérgio Araújo.

Particularizando o caso do acusado Waldemir Manoel Alves, tanto ele quanto os demais colegas de trabalho sabiam que o titular Mário Sérgio Araújo não comparecia ao trabalho, recebia diárias e não viajava além de fazer uso de veículo oficial para fins particulares. A conviência com os fatos, acreditamos, fazia com que todos silenciassem perante os desmandos (...).

Manter os olhos e ouvidos fechados para as mais diversas irregularidades, silenciando sobre os fatos que aconteceram durante longos períodos configura-se como sendo uma atitude de conviência com o erro. Tanto é que ao longo dos tempos e após inúmeros desmandos, bastou que aportasse na Administração superior uma denúncia anônima para que esta Comissão fosse instaurada e os fatos esclarecidos, apontando os infratores e as suas responsabilidades. *Fica, pois, à luz dos autos, mantidos os termos da indicição quando acusamos o servidor Waldemir Manoel Alves de manter comportamento omissivo e conivente com estado de coisas reinante naquela SAMF/PB.*

Apesar da contradita apresentada pela Defesa, é impossível acreditar que o acusado Waldemir Manoel Alves, responsável pelo Setor Financeiro, desconhecia estes fatos.

Apesar de estar ciente de todas estas irregularidades, o acusado silenciou, assumindo para si a responsabilidade da conviência com o erro.

Por fim, o acusado apresenta em seu favor uma declaração firmada por uma autoridade pública atestando a conduta profissional do indiciado (fls. 858 - VOLUME III). Embora de grande valia para a Comissão, no momento apropriado quando do voto dos membros e nas conclusões do Relatório, tal declaração não possui o condão de absolver o servidor das faltas que cometeu. A referida declaração constante dos autos agregará valores nos assentamentos funcionais pregressos do servidor que serão efetivamente consultados (fls. 1.819/1.820e).

Diante desses fatos, a Comissão Processante recomendou a aplicação, ao ora impetrante, da pena de *demissão* do serviço público, nos seguintes termos:

17.3 - À luz dos autos e sob o jugo da Lei a Comissão propõe a aplicação das seguintes penalidades:

(...)

- *DEMISSÃO* - por inobservância e descumprimento ao preceito nos *Artigos 116, incisos I, III, IV, VI e IX e artigo 117 inciso IX, todos da Lei 8.112/90*, para o servidor *Waldemir Manoel Alves* Siape n. 0712306, CPF n. 119.593.392-49, sem prejuízo de fazer devolução ao Erário o valor de R\$ 2.190,19 (dois mil cento e noventa reais e dezenove centavos) recebido indevidamente a título de diárias, conforme planilha/demonstrativo às fls. 1.561 e 1.563 - VOLUME V (fl. 1.823/1.826e).

Por sua vez, as conclusões, firmadas pela Comissão Processante, foram parcialmente acolhidas (fl. 3.331e) pelo parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN/COJED/N. 84/2012). Senão vejamos:

45. Mais um servidor estava envolvido em viagens irregulares, qual seja, o servidor *Waldemir Manoel Alves*. As provas dos autos apontam que a viagem referente à *PCDP 006957/11*, por exemplo, contém Relatório que, grosso modo, descreve o objeto da viagem “tratar de assuntos relacionados ao Planejamento, Relatório de Gestão e ao Gespública do exercício de 2011, bem como manter reuniões”, mas sem esclarecer o conteúdo da viagem exatamente. Consoante apurado pela Comissão, “As reuniões mantidas com as empresas supostamente visitadas ficaram totalmente desconhecidas da Administração, pois sequer foi relatado o nome de pelo menos uinia empresa e o teor do contrato” (...).

46. Supostamente, a viagem teria por motivo a visita empresas privadas, mas não há qualquer justificativa para tais visitas, e não há indicação, contemporânea ou posterior, de nenhuma empresa visitada. O Relatório Final comenta que ‘em depoimento o acusado ofereceu explicações nada convincentes para o fato de ir a Pernambuco naquela cidade de Recife, bater de porta em porta de Empresas Privadas, atrás de suposta prestação de serviços de consultoria de maneira gratuita (fl. 1.771).

47. Não bastasse, o horário da viagem foi marcado para 8h, mas o indiciado acessou o sistema quase três horas depois, quando supostamente deveria estar viajando, e não conseguiu explicar essa contradição. *O conjunto probatório indica que a viagem era fictícia, apenas para angariar dinheiro proveniente de diárias falsas. Em outra viagem, há excesso incompatível de quilometragem, divergências em relação ao destino e objeto da viagem dúbio.* Confirmam-se os detalhes:

13.1.1 - *PCDP 006957/11* (fls. 28 a 35 - ANEXO IV) período da viagem 21 a 26/02/2011. Viagem realizada à cidade de Recife/PE cujo objeto era “tratar de assuntos relacionados ao Planejamento, Relatório de Gestão e ao Gespública do exercício de 2011, bem como manter reuniões”. Nesta viagem a Comissão constatou as seguintes irregularidades:

- A autorização para emissão da *PCDP* (fls. 34 do ANEXO IV) não informa local do deslocamento. O indiciado não tinha conhecimento oficial dos

locais em que desenvolveria suas atividades na cidade de Recife/PE, o que caracteriza a irregularidade. Deve o indiciado justificar este fato;

- O Relatório apresentado é difuso e inconclusivo representando simples transcrição do motivo da viagem. As reuniões mantidas com as empresas supostamente visitadas ficaram totalmente desconhecidas da Administração, pois sequer foi relatado o nome de pelo menos uma empresa e o teor do contato;

- *Não há consenso entre o indiciado e a sua colega de viagem, Betânia Simões Marques, quanto à suposta visita ou não a UFPE. Quando interrogado não mencionou a visita a Universidade contradizendo as declarações da sua companheira de viagem;*

- *A solicitação de veículo preenchida pelo indiciado e apresentada em sua prestação de contas (fl. 33 - ANEXO IV), indica horários de saída 08 horas. Porém, o indiciado acessa o sistema PCDI no mesmo dia 21/02/2011, às 10 horas 59 minutos e 04 segundos (fls. 39 - ANEXO IV), o que caracteriza a falsidade de suas declarações quando afirmou ter se deslocado a cidade de Recife/PE naquele horário. Questionado sobre o fato, limitou-se a responder: "NÃO ENTENDI ISSO AQUI";*

- *O indiciado e sua companheira de viagem permaneceram 05 (cinco) dias úteis na cidade de Recife/PE para, inexplicavelmente, visitar Empresas Privadas. Quando interrogado sobre o constatado, o indiciado não lembra sequer o nome de uma empresa supostamente visitada, ficando caracterizado que o objeto da viagem, além de não ter correlação com a finalidade do serviço público, carecer de veracidade e não foi cumprido.*

13.1.2 - PCDP 045571/10 (fls. 109 a 114 - ANEXO IV). Viagem realizada no período da viagem 21 a 25/06/2010, com o objetivo de 'dirimir dúvidas referentes à Proposta Orçamentária/2010'. Foram constatadas diversas inconsistências/irregularidades na prestação de contas quais sejam:

- *Alteração do destino da viagem sem autorização do gestor;*

- *Conforme mensagem eletrônica (fls. 114 - ANEXO IV) o indiciado solicita autorização para viagem apresentando como justificativa o contato telefônico mantido com a SAMF/PE. A Administração autoriza a viagem em 16/06/2010, com acréscimo na agenda de trabalho de outras atividades não previstas na solicitação;*

- *Apresenta uma Solicitação de Veículo Oficial (fls. 113 - ANEXO IV) com destino a Recife/PE e saída: ida no dia 21/06/2010 às 12 horas e volta no dia 25/06/2010, às 17 horas e 20 minutos, rodando 626 quilômetros. Esta quilometragem não é compatível com a distância João Pessoa x Recife x João Pessoa;*

- *Quando interrogado sobre a distância percorrida, o indiciado negou ter ido à cidade de Recife/PE, afirmando que o deslocamento se deu para SAMF/*

RN. Não solicitou alteração de PCDP e nem apresentou justificativa plausível para a mudança arbitrária do destino, pactuada com o seu companheiro de viagem, o servidor Osmar Nogueira de Souza;

- Mesmo mudando por conta própria o destino da viagem, tendo se deslocado à cidade de Natal/RN, o indiciado na sua prestação de contas apresentou relatório e solicitação de veículo referente à cidade de Recife/PE. Quando interrogado sobre o relatório apresentado, igual ao do seu companheiro de viagem, Osmar Nogueira de Souza, constando o desenvolvimento dos trabalhos da SAMF/PE, afirmou: "foi um grande equívoco nosso";

- Em se tratando de viagem com atividades conjuntas (fls. 87 a 109 - ANEXO IV), o indiciado não levou ao conhecimento da Administração as irregularidades (mudança não autorizada de destino e ausência de recolhimento de valores recebidos a maior), pactuadas com o seu companheiro de viagem. Apresentou relatório de viagem, falseando a verdade, preferindo silenciar-se, assumindo para si a responsabilidade da conivência com o erro (fls. 3.282/3.285e).

82. (...) Entretanto, além desses fatos em que o panorama fático investigado e suficiente ao exame da conduta, existem outros que merecem mais investigações, e serão descritos a seguir.

83. Assim é que se entende, salvo melhor juízo, que os indícios de irregularidades relacionados com supostas adulterações de diversas notas fiscais de prestação de serviços devem ser melhor investigados, e explicados pormenorizada e didaticamente pela Comissão de Inquérito. Vê-se pelo trecho abaixo que a Comissão concluiu pela existência de adulterações, junta em Anexos documentos referentes a isso, mas não explica exatamente em que consistem, nem se pode, sem sombra de dúvidas, deduzi-lo a olho nu.

As notas fiscais n. 00300, 17, 001567, 001576, 001578 e 001580, fls. 18 a 35 do ANEXO III, chegaram aos autos para atender diligência da Comissão. Estes documentos possuem a assinatura do indiciado atestando os serviços diversos. Não satisfeita a Comissão requisitou os originais e ao comparar os documentos (cópia x original), constatam-se flagrantes adulterações de cunho grave. Deve o indiciado explicar os motivos das adulterações constatadas (assinaturas, carimbos, datas, etc)

(...)

85. Outro fato que merece maior aprofundamento é o concernente à manutenção do veículo citado, pois a Comissão verificou que o acusado "atesta e aprova integralmente os serviços constantes da Nota Fiscal n. 000300, de 19/07/2010, e anexos (fls. 114 a 125 - ANEXO V), e afirmou que o referido documento propiciou o pagamento indevido de 08 (oito) orçamentos, não autorizados pelos gestores da SAMF/PB e órgãos jurisdicionados". Contudo, não

traz quaisquer detalhes do fato e do procedimento. A conclusão é desacompanhada dos elementos que conduziram até ela. Ademais, destacou que (sic) “o orçamento às fls. 115, onde se verificam na resposta do indiciado à questão n. 56 de seu interrogatório, que a fiscalização dos serviços executados, se ocorreu, foi de forma caótica (troca de peça no valor de R\$ 3.597,00, decidida “exclusivamente pelo prestador de serviços, sem devolução da peça - junta homocinética - supostamente trocada)”, sem maiores detalhes do ocorrido. Bem assim, as adulterações e inconsistências nos CHECONs merecem aprofundamento instrutório (...).

87. O comentário acima sobre o aprofundamento investigativo pode ser aplicado, mutatis mutandis, a várias condutas imputadas ao servidor Waldemir Manoel Alves, que demandariam maior investigação dos indícios. Como exemplo, transcreve-se o trecho do Relatório Final relativo às supostas irregularidades em Notas Fiscais, que não trazem maiores detalhes. Na última, o Relatório anota que o indiciado contribuiu para o pagamento indevido da fatura, sem explicar expressamente porque esse pagamento é indevido (...) (fls. 3.298/3.303e).

Violação ao dever de representar irregularidades

99. Os servidores Ari Stela Ereira Telles, Betânia Simões Marques, Ednea Maria Ferreira Lima, Izoneide Cardoso Rodrigues, José Alves dos Santos, Joseâne Santos Muniz, Marcos Tarcísio Moura de Medeiros, Osmar Nogueira de Souza, Roberto Wagner da Silva e Waldemir Manoel Alves foram indiciados por falta ao dever de representação.

100. De fato, os servidores têm o dever de lealdade às instituições a que servirem, de acordo com o art. 116, II, da Lei n. 8.112/90, bem como, de forma ampla, ao próprio serviço público e à legalidade dos atos praticados. Em atenção ao dever de lealdade e à observância à legalidade administrativa, a lei impõe ao servidor a obrigação de denunciar a ocorrência de quaisquer irregularidades que tome conhecimento em razão do exercício do cargo público, nos termos do art. 116, VI e XII, da mesma Lei (...).

102. A situação da servidora Izoneide Cardoso Rodrigues possui particularidades (...).

103. No entanto, em relação aos outros servidores indiciados, nota-se que muitas condutas, especialmente as relacionadas a irregularidades em viagens e recebimento indevido de diárias estão relacionadas. No que a conduta se mistura à de outros acusados, os servidores não podem ser punidos por inobservância do dever de representar, uma vez que incide a garantia constitucional de vedação à auto incriminação. Ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, conforme pacíficas doutrina e jurisprudência pátrias, com referências ao Pacto de São José da Costa Rica. Nos demais casos, entendemos que essa infração fica absorvida em razão das demais irregularidades mais gravosas (fls. 3.308/3.309e).

O referido parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, na capitulação da conduta de Mário Sérgio Araújo, fez algumas ponderações

sobre as condutas consideradas *improbas* e concluiu pela incursão, daquele e do ora impetrante, nos ditames dos arts. 9º, *caput*, e 11, *caput*, da Lei 8.429/92, ao asseverar, *in verbis*:

110. Veja que a transgressão de valimento é de tamanha reprovabilidade que não há sequer necessidade de que haja o efetivo proveito por parte do servidor infrator ou de terceiros. Isso porque, ao praticar tal conduta, revelou o infrator um total desprezo pela função pública que exerce, quebrando de forma irremediável a fideducía até então existente na relação servidor-Administração. Daí advém a razão pela qual o valimento seja considerado um delito administrativo de conteúdo meramente formal.

111. O art. 37 da Constituição Federal de 1988 elegeu a moralidade administrativa como um dos princípios da Administração Pública, valorando-o juridicamente e determinando a aplicação de sanções em caso de sua violação (...).

112. Nesse diapasão, em cumprimento ao comando constitucional supracitado, a Lei n. 8.112, de 1990, que estabeleceu o estatuto jurídico do servidor público federal, incluiu o ato de improbidade administrativa como hipótese legal de aplicação da pena de demissão.

113. No entanto, somente com o advento da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, a improbidade administrativa veio a ter delimitados seus contornos legais estabelecendo três modalidades de atos de improbidade administrativa: causadores de enriquecimento ilícito (art. 9º), causadores de lesão ao erário (art. 10) e violadores dos princípios informadores da administração pública (art. 11).

114. Veja-se, para esta situação em particular, que o art. 11, da Lei n. 8.429, de 1992, de modo exemplificativo, lista nos seus sete incisos os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública, ou seja, que violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

(...)

Da capitulação do servidor Waldemir Manoel Alves

146. Ficou comprovado que o indiciado, dolosamente, utilizando-se da condição de servidor público, simulou a necessidade de viagem a serviço, com o fim de auferir valores de diárias indevidas, e assim lograr proveito pessoal, cometendo, ao mesmo tempo, atos de improbidade administrativa.

147. A Comissão imputou ao indiciado a infração ao art. 116, I, II, III, VI e IX, da Lei 8.112, de 1990. Entretanto, pelas condutas atribuídas, entende-se que o servidor se encontra incurso nos arts. 117, inciso IX (valimento do cargo), e 132, incisos IV (prática de ato de improbidade administrativa) e XIII, ambos do Estatuto Disciplinar, com definição dada pelos arts. 9º, *caput*, e 11, *caput*, da Lei n. 8.429, de 1992.

148. Nesse sentido, conclui-se pela infração ao disposto nos arts. 117, inciso IX, e 132, incisos IV e XIII, ambos do Estatuto Disciplinar (fls. 3.311/3.322e).

Assim, os fundamentos da capitulação, sugerida no parecer da PGFN, foram adotados como razão de decidir, pela autoridade impetrada, para aplicar, ao ora impetrante, a pena de *demissão* (fl. 1.892/1.894e), por meio da Portaria/MF 44, publicada no DOU de 22/02/2013 (fl. 1.896e).

Destarte, conclui-se que as provas trazidas aos autos não corroboram a tese suscitada pelo impetrante, na inicial (fl. 2e), no sentido de que a pena de demissão foi-lhe aplicada *tão somente* pelo fato de ter ele recebido diárias indevidas, eis que foram apuradas condutas que ofendem a *moralidade administrativa*, igualmente puníveis, configuradoras, ainda, de improbidade administrativa, tal como consta de fl. 3.322e do parecer da PGFN, que foi adotado, pela autoridade impetrada, como fundamento para aplicar a pena de demissão ao impetrante (fl. 1.892e):

Ficou comprovado que o indiciado, dolosamente, utilizando-se da condição de servidor público, simulou a necessidade de viagem a serviço, com o fim de auferir valores de diárias indevidas, e assim lograr proveito pessoal, cometendo, ao mesmo tempo, atos de improbidade administrativa (fl. 3.322e).

Confirmam-se os dispositivos que embasaram a Portaria demissória:

Art. 117. Ao servidor é proibido:

(...)

IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;

Art. 132. A *demissão* será aplicada nos seguintes casos:

(...)

IV - improbidade administrativa;

(...)

XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

O Relator, embora reconhecendo “*que as condutas descritas merecem reprimendas, pois ferem princípios da Administração Pública, comprometendo a prestação do serviço público e a imagem das instituições públicas perante a sociedade*” – condutas que representam improbidade administrativa, prevista no art. 11 da Lei 8.429/92, mesmo porque reconheceu o impetrado que foram elas praticadas dolosamente (fl. 3.322e) –, concluiu que elas seriam “insuficientes para ensejar a pena de demissão, sob pena de ofensa aos princípios (da) desproporcionalidade e da razoabilidade”.

Cumprе destacar que “*o controle jurisdicional do PAD restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e a legalidade do ato, à luz dos princípios do*

contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo, a impedir a análise e valoração das provas constantes no processo disciplinar” (STJ, MS 15.828/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 12/04/2016).

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO DISCIPLINAR. PROVA EMPRESTADA. UTILIZAÇÃO. ACAREAÇÃO ENTRE ACUSADOS. OBRIGATORIEDADE. INEXISTÊNCIA. COMISSÃO PROCESSANTE. SUBSTITUIÇÃO DE MEMBROS. POSSIBILIDADE. IMPARCIALIDADE. AUSÊNCIA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. INOCORRÊNCIA. CONTROLE JURISDICIONAL. LIMITES. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. CONSTITUCIONALIDADE. LICENÇA MÉDICA. GERÊNCIA OU ADMINISTRAÇÃO DE SOCIEDADE PRIVADA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA PENA. DISCRICIONARIEDADE. AUSÊNCIA.

1. No processo administrativo disciplinar, admite-se a utilização de prova emprestada, extraída de feito em curso na esfera criminal, desde que haja autorização judicial para tanto e sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa.

2. Hipótese em que o compartilhamento do conteúdo probatório existente na esfera penal foi regularmente autorizado pelo Juízo competente, sendo assegurados, na esfera administrativa, o contraditório e a ampla defesa, já que o impetrante teve oportunidade, durante todas as suas manifestações no processo disciplinar, de analisar o conteúdo probatório em questão e tecer considerações sobre ele.

3. O STJ já se manifestou no sentido de que a acareação prevista na Lei n. 8.112/1990 não é obrigatória, devendo ser realizada quando os depoimentos forem colidentes e a comissão processante não dispuser de outros meios para apuração dos fatos, sendo certo que o juízo sobre tal necessidade é exclusivo da comissão, que poderá dispensar o procedimento quando entender que este é desnecessário ou protelatório.

4. Sendo a comissão do processo administrativo disciplinar, desde a sua instauração, regularmente composta por três servidores, com observância do disposto no art. 149 da Lei n. 8.112/1990, não há a configuração de nulidade do procedimento.

5. Esta Corte possui o entendimento de que não é vedada a substituição dos membros da comissão processante, desde que os novos integrantes preencham os requisitos legalmente estabelecidos.

6. Nos termos do art. 150 da Lei n. 8.112/1990, a comissão disciplinar exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração, apenas se admitindo o reconhecimento da ausência de imparcialidade de

membros da comissão processante se for comprovada a eventual emissão de juízo de valor prévio ou o prejulgamento acerca das irregularidades.

7. Caso em que as alegações do impetrante são meras ilações desprovidas de qualquer comprovação, não existindo elementos mínimos que possam ensejar a sua conclusão de que os membros da comissão teriam conduzido o procedimento de forma parcial.

8. Em sede de mandado de segurança, é indispensável que a prova do direito seja pré-constituída, sendo inviável a dilação probatória.

9. *No controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário limita-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato, não sendo possível nenhuma incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade, de modo que se mostra inviável a análise das provas constantes no processo disciplinar a fim de adotar conclusão diversa daquela à qual chegou a autoridade administrativa competente.*

10. Não é possível a análise de todas as provas produzidas no compêndio administrativo a fim de afastar as conclusões de que a Associação Brasileira de Integração para Proteção Pessoal e Patrimonial (PROTEP), presidida pelo impetrante, era, na verdade, uma empresa de seguros travestida de associação.

11. São despiciendas as considerações acerca da natureza jurídica do Programa de Proteção Veicular, bem como sobre a diferença entre as associações e as empresas, tendo em vista que o servidor não foi punido pela prática de gerência de associação sem fins lucrativos, e sim pela gerência de empresa de venda de seguros travestida de associação.

12. Conclusões realizadas na esfera administrativa que não diferem daquelas ocorridas no desfecho da ação penal referente aos mesmos fatos, na qual foi proferida sentença em que expressamente consignado que, não obstante a constituição da PROTEP como associação, todos os elementos probatórios ensejaram o entendimento de que se tratava de “pessoa jurídica captadora ou administradora de seguros”, motivo pelo qual o servidor foi condenado pela prática do crime previsto no art. 16 da Lei n. 7.492/1986 - fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio.

13. É firme o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de que é constitucional a pena de cassação de aposentadoria prevista nos arts. 127, IV, e 134 da Lei n. 8.112/1990, não obstante o caráter contributivo de que se reveste o benefício previdenciário. Precedentes.

14. O fato de o servidor estar em licença para tratamento de saúde não o desonera de observar os deveres funcionais e proibições, sendo certo que a vedação da prática da conduta prevista no art. 117, X, da Lei n. 8.112/1990 - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou

não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário - só é legalmente excetuada na hipótese de gozo de licença para o trato de interesses particulares.

15. *Acerca da proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da pena de cassação de aposentadoria, é tranquila a posição desta Corte Superior de Justiça de que, caracterizada conduta para a qual a lei estabelece, peremptoriamente, a aplicação de determinada penalidade, não há para o administrador discricionariedade de autorizar a aplicação de sanção diversa.*

16. *Processo administrativo no qual as provas produzidas convergiram no sentido da prática do ilícito disciplinar previsto no art. 117, X, da Lei n. 8.112/1990, não restando à autoridade apontada como coatora outra opção, senão a de aplicar a sanção de cassação de aposentadoria ao servidor, conforme previsto na lei em comento.*

17. Ordem denegada (STJ, MS 22.828/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 21/09/2017).

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO DO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL - TRE. ALEGAÇÃO DE DESPROPORCIONALIDADE. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA.

HISTÓRICO DA DEMANDA

1. Conforme se depreende da síntese dos fundamentos da impetração, o requerente serve-se da célere via do *mandamus* para anular a Portaria 34/2014, do Sr. Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, que o demitiu do cargo de Técnico em Informações Geográficas e Estatísticas do quadro da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

2. A Portaria 34, de 24 de janeiro de 2014, às fls. 519, demitiu o impetrante com fundamento nos termos do artigo 117, inciso IX, combinado com o artigo 132, inciso XIII, da Lei 8.112/1990.

3. Enfim, o impetrante foi demitido por ter-se valido do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, em razão de ter adulterado declaração expedida por órgão público para obter o abono indevido de dias de trabalho.

FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO DO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL - TRE, ASSINADO PELA JUÍZA ELEITORAL

4. O impetrado esclareceu às fls. 615-616: "26. Conforme se constata do resultado da apuração obtido a partir dos procedimentos realizados pelo IBGE e pelo TRE-RJ ora anexados, o ex-servidor apresentou declarações falsificadas à Coordenação de Recursos Humanos do IBGE, atribuídas indevidamente à magistrada Flávia Gonçalves Moraes Alves, em atuação, à época dos fatos,

na 86a Zona Eleitoral de São Gonçalo/RJ, com a intenção de ausentar-se do serviço indevidamente e sem o correspondente desconto. 27. O Impetrante recebeu do TRE-RJ 04 (quatro) declarações firmadas eletronicamente pela Juíza Flávia Gonçalves Moraes Alves e pelo Chefe de Cartório, constando em cada uma das declarações um único dia de trabalho para abono da falta no serviço público. 28. O então servidor, com o propósito indevido de justificar suas faltas ao serviço, falsificou o teor das referidas declarações mediante o acréscimo de dias adicionais em cada declaração. Assim, conforme afirmação do próprio impetrante, compareceu por 09 (nove) dias ao treinamento para o qual fora convocado (fls. 74 - PAD). No entanto, após a falsificação das declarações, adulterou o comparecimento para 26 (vinte e seis) dias e assim pleiteou junto ao IBGE o abono de tais faltas. 29. De acordo com o relatório conclusivo da sindicância administrativa do TRE-RJ, o Impetrante também falsificou a 'chancela' nas declarações. O procedimento para emissão de declarações no âmbito do tribunal consiste na chancela eletrônica do documento. No entanto, algumas das assinaturas falsas apostas nas declarações foram empreendidas com o uso de caneta pelo Impetrante. 30. A toda evidência, ante a gravidade dos fatos, verifica-se que não poderia ser diversa a pena aplicada pela Administração em face do procedimento doloso do ex-servidor. Não há como abrandar um ato de má-fé praticado mediante falsificação de documento público, com a intenção clara de obter vantagem indevida junto à Administração Pública Federal. (...) 34. Sobreleva ressaltar que a Administração Pública tem o dever de punir administrativamente tais condutas de forma a prevenir novas ocorrências de natureza similar e reprimir atitudes que afrontam os princípios administrativos constitucionais da legalidade, moralidade e eficiência que norteiam a atuação administrativa da União. 35. Ainda, por toda a narrativa que descreve o ato praticado pelo Impetrante, resta indubitável que, além de ser claramente atentatório à dignidade da função pública, possui um viés criminal. Para complementar a instrução dos presentes autos, segue cópia do Ofício n. 079/2014 - GAB/DPF/NRI/RJ, de 22/04/2014 (docs. anexos), por meio do qual o Delegado de Polícia Federal informa sobre o trâmite e encaminha peças ilustrativas do Inquérito Policial - IPL n.B 778/2012 - DPF/NRI/RJ, procedimento instaurado contra o Impetrante junto à Delegacia da Polícia Federal de Niterói/RJ." (grifo acrescentado).

5. Ressalte-se o Parecer da Consultoria Jurídica do impetrado, à fl. 819: '16. Em exame ao posicionamento dos Tribunais Pátrios² sobre o tema versado nestes autos, é cediço que a falsidade material refere-se aos aspectos formais e externos do documento, enquanto que a falsidade ideológica está adstrita ao conteúdo lançado. Assim, na falsidade material o que se macula é a materialidade gráfica, visível, do documento, fato que no presente caso identifica-se com a alteração da certificação digital da assinatura da senhora Juíza Federal. (grifo acrescentado).

6. Adotado como razão de decidir o parecer do Parquet Federal exarado pela Subprocuradora-Geral da República Ana Borges Coêlho Santos, que bem analisou a questão: "Dos autos, não se vislumbra qualquer ilegalidade ou abusividade no

ato ora atacado (demissão resultante de processo administrativo disciplinar). (...) Assim, o julgamento e o ato da autoridade impetrada estão devidamente motivados, não se verificando ausência de proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da pena de demissão ao servidor." (fls. 1.117-1.120, grifo acrescentado).

7. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que, no âmbito do controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, cabe ao Poder Judiciário apreciar apenas a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.* Precedentes.

8. *Considerando que a pena de demissão é uma das medidas cabíveis no caso em questão, não se pode, em princípio, em Mandado de Segurança, rever o acerto ou desacerto da decisão tomada em processo administrativo disciplinar que observou os princípios do contraditório e da ampla defesa.*

9. É indispensável a demonstração evidente da desproporcionalidade da pena aplicada, o que não ocorreu no caso concreto, pois não existe espaço para dilação probatória na célere via do *mandamus*.

10. *In casu*, o impetrante falsificou documento público do Tribunal Regional Eleitoral, assinado pela Juíza eleitoral, portanto, é grave a sua conduta e a irregularidade apurada pela Comissão Processante.

11. Ademais, esclareça-se que o Mandado de Segurança detém entre seus requisitos a demonstração inequívoca de direito líquido e certo pela parte impetrante, por meio da chamada prova pré-constituída, inexistindo espaço para dilação probatória na célere via do *mandamus*. Nesse sentido: AgRg no RMS 44.608/TO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/03/2014.

12. Assim, inexistente direito líquido e certo a ser amparado pelo Mandado de Segurança.

13. Segurança denegada (STJ, MS 20.908/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 06/10/2017).

Nesse diapasão, percebe-se que a Portaria demissória embasou-se em condutas infracionais disciplinares dolosas, praticadas pelo impetrante, apuradas em processo administrativo disciplinar, as quais se subsumem aos ditames da Lei 8.112/90, sendo puníveis com demissão. Com efeito, foi o impetrante incurso nas infrações previstas no art. 117, IX, da Lei 8.112/90 (valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública) e no art. 132, IV, da referida Lei (improbidade administrativa), para as quais o art. 132 do mesmo diploma legal prevê apenas a pena de demissão (art. 132, XIII, da Lei 8.112/90).

A jurisprudência desta Corte tem-se orientado no sentido de afastar a eventual ofensa ao princípio da proporcionalidade, quando a pena de demissão

do serviço público for a única punição prevista em lei pela prática das infrações disciplinares praticadas pelo servidor (STJ, MS 15.832/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 01/08/2012).

Confirmam-se, ainda, outros precedentes:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. AUDITORA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. ATRIBUIÇÃO DE IRREGULARIDADES NA EMISSÃO DE CND'S PARA A REGULARIZAÇÃO DE OBRAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. SERVIDORA FEDERAL POR ISSO DEMITIDA. EXCESSO DE PRAZO NA CONCLUSÃO DO PAD. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. ALEGAÇÃO DE VÍCIOS NO PROCEDIMENTO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. FALTA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. A jurisprudência desta Corte Superior permanece firme no sentido de que o excesso de prazo na conclusão do processo administrativo disciplinar não enseja, só por si, a nulidade absoluta do procedimento, por isso se exigindo a demonstração de efetivo prejuízo para o exercício da defesa do servidor implicado, que não pode ser presumido. Nesse sentido: MS 20.052/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Primeira Seção, DJe 10/10/2016 e MS 22.575/PA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Primeira Seção, DJe 30/08/2016; ainda nesse mesmo contexto de excesso de prazo, o advento da penalidade imposta ao agente público também não se constitui, isoladamente considerado, em fator idôneo a ensejar a nulidade do procedimento.

2. A juntada de documentos adicionais pela Comissão Processante, mesmo depois da apresentação da defesa escrita mas em prol da verdade real, não viola os princípios da ampla defesa e do contraditório, mormente quando se assegurou à servidora investigada vista das novas provas e novo prazo para contestação. Inteligência dos artigos 36 a 38 da Lei n. 9.784/1999. Ademais, não há nulidade sem prejuízo e, neste caso, tal como sinalizou a Autoridade impetrada, não cuidou a recorrente de indicar eventual prejuízo que tenha sofrido com a produção das provas que, em sua defesa, requisitou.

3. Não é juridicamente válido, nem tampouco razoável, o argumento de que o termo de indicição deveria também conter o dispositivo legal relativo à correspondente sanção (no caso, o inciso XIII do art. 132). Basta, para a indicição, a adequada tipificação do ato ilícito (na hipótese, o inciso IX do art. 117 da Lei n. 8.112/1990), até porque, conforme pacífica jurisprudência desta Corte, o acusado se defende dos fatos e não da tipificação legal ou da penalidade a ela ligada.

4. A alegada dissonância entre as provas produzidas e as conclusões da comissão processante não restou cabalmente demonstrada pela autora. Com efeito, se a documentação trazida deixa razoável dúvida acerca da veracidade do quanto relatado na exordial, tal controvérsia não poderá ser sanada senão mediante dilação probatória, sabidamente incompatível com a estreita via mandamental.

5. O Supremo Tribunal Federal tem orientado sua jurisprudência no sentido de ser lícito à Administração Pública impor ao servidor a sanção de demissão por prática de ato de improbidade. RMS 33.865 AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe 23/09/2016; RMS 28.919 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe 12/02/2015; RMS 33.666, Rel. p/ Acórdão Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, DJe 21/09/2016.

6. Assentado o cometimento de infração punível exclusivamente com a demissão, não cabe ao órgão censor aplicar sanção diversa ao servidor, dado que o comando do art. 132 da Lei n. 8.112/1990 se apresenta como norma vinculante para a autoridade administrativa julgadora. Como já decidido em hipótese análoga, "Acerca da proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da pena de demissão, é firme o entendimento desta Corte Superior de Justiça de que, caracterizada conduta para a qual a lei estabelece, peremptoriamente, a aplicação de determinada penalidade, não há para o administrador discricionariedade a autorizar a aplicação de pena diversa" (MS 14.667/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 17/12/2014); ainda no STJ e no mesmo sentido, MS 16.105/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Primeira Seção, DJe 02/02/2017; já no STF, RMS 33.911/DF, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe 20/06/2016.

7. Ademais disso, na compreensão do STF, o mandado de segurança, por não admitir dilação probatória, não é meio processual adequado para discutir a razoabilidade ou a proporcionalidade de sanção administrativa aplicada a servidores públicos. Precedentes: MS 33.740 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe 08/02/2017; MS 33.081-DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe 01/03/2016.

8. Ordem denegada (STJ, MS 17.868/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 23/03/2017).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. JUÍZO INCOMPETENTE. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO DISCIPLINAR. COMISSÃO PROCESSANTE REGULARMENTE CONSTITUÍDA. SUBSTITUIÇÃO DE MEMBROS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. APLICAÇÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. DECLARAÇÃO DE NULIDADE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. EXCESSO DE PRAZO. CONTROLE JURISDICIONAL. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO. AUSÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE PARA O ADMINISTRADOR.

1. O prazo decadencial no mandado de segurança deve ser contado da data da impetração, mesmo quando tenha sido apresentado perante juízo incompetente. Precedentes.

2. Sendo a comissão do processo administrativo disciplinar, desde a sua instauração, regularmente composta por três servidores, com observância do disposto no art. 149 da Lei n. 8.112/1990, não há a configuração de nulidade do procedimento.

3. Esta Corte possui o entendimento de que não é vedada a substituição dos membros da comissão processante, desde que os novos integrantes preencham os requisitos legalmente estabelecidos, não havendo, ademais, óbice de que, eventualmente, exista um quarto servidor atuando como secretário.

4. Consoante o princípio da instrumentalidade das formas, encampado pela doutrina e jurisprudência também no processo administrativo, os atos serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais foram idealizados. Tal entendimento não preconiza a inobservância das formalidades nos procedimentos, mas somente a visão do processo pelo seu resultado.

5. Tendo a servidora pleno conhecimento dos motivos que ensejaram a sua indicição e apresentado regularmente a sua defesa escrita, e não sendo demonstrada nem sequer alegada a ocorrência de prejuízo, é inviável a declaração de possíveis nulidades no processo administrativo disciplinar. Aplicação do princípio *pas de nullité sans grief*.

6. Nos termos do art. 169, § 1º, da Lei n. 8.112/1990, "o julgamento fora do prazo legal não implica nulidade do processo", sendo certo que o excesso de prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar só causa nulidade se houver a demonstração de prejuízo à defesa do servidor. Precedentes.

7. No controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário limita-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato, não sendo possível nenhuma incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade. Assim, mostra-se inviável a análise das provas constantes no processo disciplinar a fim de adotar conclusão diversa daquela à qual chegou a autoridade administrativa competente.

8. *Acerca da proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da pena de demissão, não obstante seja possível o exame da penalidade imposta, já que estaria relacionada com a própria legalidade do ato administrativo, é firme o entendimento desta Corte Superior de Justiça de que, caracterizada a conduta para a qual a lei estabelece, peremptoriamente, a aplicação de determinada penalidade, não há para o administrador discricionariedade a autorizar a aplicação de pena diversa.*

9. *Hipótese em que as provas produzidas em todo o procedimento administrativo convergiram no sentido da prática dos ilícitos disciplinares previstos nos arts. 117, IX, e 132, IV, da Lei n. 8.112/1990 - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública e improbidade administrativa -, não restando à autoridade apontada como coatora outra opção, senão a de aplicar a sanção de demissão à servidora.*

10. Ordem denegada (STJ, MS 20.052/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 10/10/2016).

Com efeito, demonstrada a prática de infração aos arts. 117, IX, e 132, IV e XIII, da Lei 8.112/90, o ato de demissão é vinculado. Nesse sentido:

“A Administração Pública, quando se depara com situações em que a conduta do investigado se amolda nas hipóteses de demissão ou cassação de aposentadoria, não dispõe de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa por tratar-se de ato vinculado. Nesse sentido, confira-se: [...] o administrador não tem qualquer margem de discricionariedade na aplicação da pena, tratando-se de ato plenamente vinculado. Configurada a infração do art. 117, XI, da Lei 8.112/90, deverá ser aplicada a pena de demissão, nos termos do art. 132, XIII, da Lei 8.112/90, sob pena de responsabilização criminal e administrativa do superior hierárquico desidioso (MS 15.437/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 26/11/2010)” (STJ, MS 15.517/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 18/02/2011).

Confira-se, ainda:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. DEMISSÃO. VALIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ALEGAÇÃO DE DÚVIDA QUANTO AOS FATOS IMPUTADOS AO SERVIDOR. PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*. INADEQUAÇÃO DO *WRIT*. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DA PENA DE DEMISSÃO. ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO. IMPOSSIBILIDADE DE SUA REAVALIAÇÃO EM SEDE MANDAMENTAL. AUSÊNCIA DE ABUSO OU ILEGALIDADE POR PARTE DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA JULGADORA. ORDEM DENEGADA.

1. Os arts. 5º, LXIX, da Constituição Federal e 1º da Lei 12.016/2009 autorizam o emprego do *writ* tão somente “... para proteger direito líquido e certo”, cuja violação deve ser demonstrável de plano, por isso que a incerteza quanto aos fatos historiados pela parte impetrante não autoriza a concessão da segurança. Por essa mesma razão, não se pode, na estreita via mandamental, invocar a aplicação do princípio *in dubio pro reo*. Se, após o exame das provas documentais, ainda persistirem dúvidas quanto aos fatos alegados, a denegação da segurança é a medida que se impõe.

2. Para fins de incidência do disposto nos artigos 117, IX e 132, XIII, da Lei n. 8.112/1990, revela-se desinfluyente a habitualidade ou mesmo o interregno temporal em que o servidor tenha operado na prática funcional desviante. Caracterizado o ilícito (suporte fático), a norma incide desde logo, produzindo sua consequência jurídica que, no caso, acarreta na inescapável pena de demissão.

3. *Em tal contexto, no diferenciado rito do remédio mandamental, não há espaço para se resolver alegada falta de proporcionalidade na sanção imposta, vez que a demissão, única pena prevista para o caso investigado, não comporta fracionamento, sendo, ademais, vinculante para a autoridade administrativa julgadora, a quem não se pode, por isso mesmo, imputar abuso ou ilegalidade no ato de sua imposição.*

4. Segurança denegada (STJ, MS 20.428/DF, Rel. p/ acórdão Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 24/08/2017).

Ademais, “o fato de os servidores terem prestado anos de serviços ao ente público, e de terem bons antecedentes funcionais, não é suficiente para amenizar a pena a eles impostas se praticadas, como no caso, infrações graves a que a lei, expressamente, prevê a aplicação de demissão” (STJ, MS 12.176/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 08/11/2010). Nesse mesmo sentido: STJ, MS 8.526/DF, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, TERCEIRA SEÇÃO, DJU de 02/02/2004.

Por fim, registre-se que a Primeira Seção apreciou, nas mais diversas oportunidades, outros mandados de segurança – relacionados ao mesmo *PAD 10168.000551/2011-85* – impetrados por servidores públicos envolvidos nos fatos acima delineados. Vejamos:

1) No *MS 19.990/DF*, impetrado por JOSEANE SANTOS MUNIZ, julgado pela Primeira Seção em 13/11/2013, a segurança foi *denegada*, em acórdão assim ementado:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. DISCIPLINAR. DEMISSÃO. PERCEPÇÃO IRREGULAR DE DIÁRIAS. MAJORAÇÃO DA PENALIDADE. PARECER JURÍDICO. POSSIBILIDADE. ANALOGIA COM CASOS NOS QUAIS SE MITIGOU A DEMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.

1. *Cuida-se de mandado de segurança impetrado com o objetivo de anular portaria ministerial que aplicou a penalidade de demissão à impetrante com fundamento no art. 132, incisos IV e XIII, este combinado com o art. 117, inciso IX, todos da Lei no 8.112/1990. É alegado que a punição teria sido excessiva, uma vez que somente teria sido comprovada a percepção irregular de diárias e que o dano ao erário seria pequeno.*

2. *É possível à autoridade majorar a penalidade a ser aplicada, com fulcro no parecer jurídico, se os fatos comprovados se mostrarem mais graves e demandarem capitulação legal diversa. Precedente: MS 20.290/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 23.9.2013.*

3. *Foi comprovado que o dano ao erário existiu (fls. 1.568-1.571) e que não houve devolução espontânea dos valores, o que não permite analogia jurisprudencial com casos nos quais ocorreu tal conduta de reparação prévia.*

4. *A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça já consignou que, em situações congêneres, na qual servidores utilizam o seu cargo para obter, ou fornecer para terceiros, valores públicos irregularmente, não há falar em violação da razoabilidade ou proporcionalidade na aplicação da penalidade de demissão. Precedente: MS 12.200/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 3.4.2012.*

Segurança denegada (STJ, MS 19.990/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 02/04/2014).

Vê-se, nesse feito supramencionado, que, não obstante a Comissão Processante tenha recomendado a penalidade de *suspensão*, a servidora acabou sendo *demitida*, diante da comprovação do dano ao Erário, não tendo havido devolução espontânea dos valores.

2) No *MS 19.992/DF*, impetrado por EDNEA MARIA FERREIRA LIMA, julgado pela Primeira Seção em 26/02/2014, restou *concedida* a segurança, em acórdão assim ementado:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. USO INDEVIDO DE DIÁRIAS. PARECER DA COMISSÃO PROCESSANTE PELA APLICAÇÃO DA SANÇÃO DE SUSPENSÃO. MODIFICAÇÃO PELA AUTORIDADE COATORA. APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO. IMPUTAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE E DE VALIMENTO DO CARGO PARA LOGRAR PROVEITO PESSOAL. NÃO OBSERVÂNCIA DO QUE DISPÕE O ART. 168, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 8.112/90. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. DEMISSÃO CALCADA NO DEPOIMENTO DA IMPETRANTE ANTE A FALTA DE ESCLARECIMENTOS SOBRE OS MOTIVOS DAS VIAGENS A SERVIÇO.

1. Mandado de segurança no qual se questiona a ilegalidade ou abusividade do ato demissório diante das condutas imputadas à impetrante de ter utilizado indevidamente de diárias de viagens realizadas a serviço.

2. Nos termos do artigo 168 da Lei n. 8.112/90 a autoridade julgadora pode aplicar sanção diversa daquela sugerida pela comissão processante, agravando ou abrandando a penalidade, ou até mesmo isentar o servidor da responsabilidade, desde que apresente a devida fundamentação, o que não ocorreu no caso dos autos. Precedente: *MS 9.516/DF*, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Rel. p/ Acórdão Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe 25/06/2008).

3. O direito sancionador impõe à Administração provar que as condutas imputadas ao servidor investigado se amoldam ao tipo descrito na norma repressora. O fato de a autoridade entender que a impetrante não conseguiu explicar a motivação das viagens a trabalho não é suficiente para fundamentar a aplicação da pena de demissão pelo uso de diárias e passagens. No caso, da fundamentação não se extrai um juízo de certeza sobre a culpa, tampouco acerca do dolo da impetrante em simular a necessidade de viagens, máxime porque o afastamento do servidor pressupõe prévia autorização da autoridade competente.

4. Ordem concedida para anular o ato de demissão, com a reintegração da impetrante no cargo, ressaltando o direito da Administração Pública de prosseguir na apuração dos fatos e aplicar a sanção cabível. Os efeitos funcionais devem retroagir à data do ato demissório. Já os efeitos financeiros incidem a partir da data da impetração, nos termos das Súmulas 269 e 271 do STF, ficando reservado o direito às diferenças remuneratórias às vias ordinárias. Sem honorários advocatícios (Súmula

105/STJ) (STJ, MS 19.992/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 19/03/2014).

Nesse *mandamus*, a Primeira Seção entendeu que a alteração da pena de *suspensão* – inicialmente sugerida pela Comissão Processante –, pela autoridade impetrada, para *demissão*, foi *destituída da devida fundamentação*, ensejando, assim, a anulação judicial do ato de demissão, *ressalvado o direito de a Administração prosseguir na apuração dos fatos e na aplicação da sanção cabível*. Destaque-se que, no presente caso em julgamento, a Comissão Processante propôs a aplicação da pena de demissão ao impetrante, o que, fundamentadamente, foi acatado pelo parecer do PGFN, que, por sua vez, foi adotado, pela autoridade impetrada, como fundamento para a aplicação da aludida pena de demissão ao impetrante.

3) No *MS 19.991/DF*, impetrado por ARI STELA EREIRA TELLES, julgado pela Primeira Seção em 09/04/2014, restou *concedida* a segurança, pelos seguintes fundamentos, constantes da respectiva ementa:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. AGENTE ADMINISTRATIVA DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. PERCEPÇÃO INDEVIDA DE DIÁRIAS. VALORES NÃO VULTOSOS. DEVOLUÇÃO ESPONTÂNEA DE PARTE DOS VALORES. PENA DE DEMISSÃO. DESPROPORCIONALIDADE CONFIGURADA. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. Trata-se de mandado de segurança atacando ato do Ministro de Estado da Fazenda consistente na demissão da impetrante do cargo de Agente Administrativa do Quadro de Pessoal do Ministério da Fazenda, em razão do recebimento indevido de diárias de viagem.

2. Sustenta a impetrante que a pena de demissão é desproporcional, eis que não atende ao disposto no art. 128 da Lei 8.112/90 (“Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais”), especialmente porque (i) contava com trinta e um anos de serviço público, sem jamais ter sofrido qualquer registro desabonador de sua conduta; (ii) é muito baixo o prejuízo suportado pelo Erário; e (iii) houve devolução de modo espontâneo de parte dos valores, ainda que no curso do processo administrativo disciplinar.

3. Conforme o parecer do Ministério Público Federal, não houve observância do art. 128 da Lei 8.112/90, pois, “(...) embora diante dos fatos apurados no procedimento administrativo disciplinar pudesse haver ensejo à aplicação de uma punição (necessidade), a sanção aplicada à demandante no processo administrativo não foi adequada à situação, uma vez que o ato imputado à impetrante e que teria causado dano ao erário público, prejuízo de valor não vultoso (...). Hipótese em que se mostra desproporcional a aplicação da pena

de demissão a ora impetrante, que exercia o cargo de Agente Administrativa do Quadro de Pessoal do Ministério da Fazenda, com mais de trinta anos de serviço e sem antecedentes disciplinares”.

4. Segurança concedida (STJ, MS 19.991/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 23/04/2014).

Igualmente, nesse mandado de segurança, a Comissão Processante recomenda a pena de *suspensão* para a servidora. Porém, a autoridade impetrada, não atendendo ao art. 128 da Lei 8.112/90, *deixa de justificar a exacerbação da pena para demissão*.

4) No MS 19.993/DF, impetrado por OSMAR NOGUEIRA DE SOUZA, julgado pela Primeira Seção em 11/03/2015, a segurança foi também *concedida*, cuja ementa segue:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. RECEBIMENTO INDEVIDO DE DIÁRIAS. VALORES QUE NÃO SÃO VULTOSOS. CONCLUSÃO DA COMISSÃO PROCESSANTE PELA APLICAÇÃO DA PENA DE SUSPENSÃO. MODIFICAÇÃO PELA AUTORIDADE COATORA, QUE APLICOU A PENA DE DEMISSÃO. DESCONSIDERAÇÃO DOS ASPECTOS INSCULPIDOS NO ARTIGO 128 DA LEI N. 8.112/90. APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO DESTOANTE DO DISPOSTO NO ARTIGO 168 E SEU PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI N. 8.112/90. CONFIGURAÇÃO DA DESPROPORCIONALIDADE DA PENA APLICADA. SEGURANÇA CONCEDIDA (STJ, MS 19.993/DF, Rel. Ministra MARGA TESSLER (Desembargadora Federal convocada do TRF/4ª Região), PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 17/03/2015).

Observa-se, do mesmo modo, que, nesse *writ*, a Comissão Processante propõe a pena de *suspensão* do servidor e a autoridade impetrada aplica a pena de *demissão*, com base no parecer da Consultoria Jurídica, *sem que haja fundamento idôneo*.

5) Em 27/06/2016, no MS 19.977/DF, impetrado por BETANIA SIMÕES MARQUES – servidora que participou da injustificada viagem a Recife/PE, juntamente com o impetrante –, o Relator, Ministro SÉRGIO KUKINA, em decisão monocrática, *denegou* a segurança (DJe de 29/06/2016), à consideração de que “o Supremo Tribunal Federal reorientou sua jurisprudência, *fixando-se no sentido de que, por demandar dilação probatória, o reexame da proporcionalidade da sanção administrativa disciplinar não é viável em mandado de segurança*”.

Confira-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mencionada pelo Relator:

Agravo regimental em mandado de segurança. Ato do Conselho Nacional de Justiça.

[...]

4. *Plena participação do impetrante nos atos processuais. Inexistência de afronta à garantia do contraditório e da ampla defesa.*

5. *Dosagem e proporcionalidade da sanção aplicada. Necessidade de reexame de fatos e provas do processo de revisão disciplinar. Impossibilidade em sede de mandado de segurança.*

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(MS 32.581 AgR, Rel. Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, DJe de 31/03/2016)

Agravo regimental em recurso ordinário em mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Ausência de obrigatoriedade de decisão judicial em processo de improbidade administrativa para aplicação da sanção de demissão. Sanção aplicada de acordo com a apuração dos fatos no âmbito do processo administrativo disciplinar. Impossibilidade de rediscussão de fatos e provas em sede de mandado de segurança. Agravo regimental não provido.

1. A jurisprudência da Suprema Corte é pacífica no sentido da independência entre as instâncias cível, penal e administrativa, não havendo que se falar em violação dos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal pela aplicação de sanção administrativa por descumprimento de dever funcional fixada em processo disciplinar legitimamente instaurado antes de finalizado o processo cível ou penal em que apurados os mesmos fatos. Precedentes.

2. *A análise da proporcionalidade da sanção aplicada, mediante rediscussão de fatos e provas produzidas no PAD, é incompatível com a via do mandado de segurança. Precedentes.*

3. Agravo regimental não provido.

(RMS 28.919 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 11/02/2015).

Interposto Agravo interno contra essa decisão, a Primeira Seção, em 13/12/2017, negou provimento ao recurso, cuja ementa segue:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. RECEBIMENTO INDEVIDO DE DIÁRIAS. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA. PROPORCIONALIDADE DA PENA APLICADA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. POSSIBILIDADE. ART. 34, XIX, DO RISTJ.

1. A decisão monocrática do mandado de segurança, nas hipóteses de jurisprudência dominante sobre a tese veiculada na exordial, encontra amparo no art. 34, XIX, do RISTJ.

2. *O processo disciplinar impugnado foi instaurado com base em todo o contexto fático, no qual se apurou a simulação de várias viagens sem real necessidade de serviço, inclusive, algumas sequer realizadas, com o objetivo de receber valores referentes às diárias.*

3. O STJ tem pacificado o entendimento no sentido de que não há “falar em cerceamento de defesa quando o conjunto probatório já existente nos autos se faz suficiente para o convencimento do magistrado.” (REsp 1641349/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 15/03/2017).

4. *O reexame da proporcionalidade da sanção administrativa disciplinar não é viável na estreita via do mandado de segurança, por demandar dilação probatória. Precedentes do STJ e do STF.*

5. Agravo interno não provido (STJ, AgInt no MS 19.977/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 18/12/2017).

6) Por fim, em 10/10/2016, no *MS 19.996/DF*, impetrado por ROBERTO WAGNER DA SILVA, o Relator, Ministro HERMAN BENJAMIN, *denegou a segurança, afastando a alegação de desproporcionalidade da pena de demissão, eis que “não se trata apenas do recebimento de diárias indevidas, pois as acusações são muito graves, com a configuração da improbidade administrativa”.*

Interposto Agravo interno, a Primeira Seção desta Corte, em 28/06/2017, manteve a referida decisão monocrática, em acórdão assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ALEGAÇÃO DE DESPROPORCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

HISTÓRICO DA DEMANDA

1. Conforme se depreende da síntese dos fundamentos da impetração, o requerente serve-se da expedita via do *mandamus* para anular a Portaria 45/2013, do Ministro de Estado da Fazenda, que o demitiu do cargo de Agente Administrativo do quadro de pessoal do Ministério da Fazenda.

2. A Portaria 45, de 20 de fevereiro de 2013, à fl. 1.897, demitiu o impetrante por ato de improbidade administrativa e por ter-se valido do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com restrição de retorno ao serviço público federal, nos termos do art. 137, parágrafo único, da Lei 8.112/90.

ESQUEMA DE CONCESSÃO ILÍCITA DE DIÁRIAS NO ÓRGÃO E DIVERSAS IRREGULARIDADES GRAVES. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CHEFE SUBSTITUTO DO SETOR DE TRANSPORTE

3. *Esclareça-se que o impetrante não foi apenado por apenas receber diárias indevidas. Os fatos são muito mais graves.*

4. Conforme o Parecer à fl. 1.884, o impetrante na condição de “Chefe imediato do Responsável pelo Setor de Transportes, colaborou para a realização do esquema de concessão ilícita de diárias no órgão, e simulou a necessidade de viagem a serviço, com o fim de auferir para si valores de diárias indevidas, e assim logrou proveito pessoal e de outrem. Além disso, o servidor foi responsável por irregularidade na manutenção e peça de veículo, e por permitir o uso de veículo oficial pelo servidor Mário Sérgio Araújo que, ainda se fosse ordem hierárquica, seria manifestamente ilegal. *Em vista disso, o servidor cometeu, ao mesmo tempo, atos de improbidade administrativa.*” (grifo acrescentado).

5. E consta no Relatório: “Soma-se a isto outras irregularidades administrativas graves que foram cometidas pelo acusado no exercício das suas atividades, quais sejam: a) liberou para uso, veículos em situação irregular; b) autorizou indevidamente orçamentos de manutenção veicular da SAMF/PB e órgãos jurisdicionados; c) atestou e/ou homologou pagamento de combustível de forma irregular; d) na qualidade gerente dos contratos no âmbito da SAMF/PB no caso de manutenção veicular, não controlou os orçamentos, as garantias, bem como, deixou de fiscalizar abastecimentos com CHECONs; e) autorizou e abasteceu veículos oficiais irregularmente, além de não fiscalizar as solicitações de veículos e as quilometragens rodadas. (...) Além dos abastecimentos irregulares, viagens fictícias, CHECONs e outros documentos adulterados em seu conteúdo, a responsabilidade pelos desmandos no setor de Transportes era, também, do acusado porque aquele Setor de Transportes estava sob a sua subordinação. Se ao acusado cabia acompanhar as atividades do Setor de Transportes, a liberação dos veículos Ford Royale MMN 6137 e Fiat Palio HDD 3166, também era do seu conhecimento que estes veículos estavam irregulares e impedidos de serem liberados. Para estas impropriedades afastamos a possibilidade de temor reverencial do acusado em relação ao seu chefe Mário Sérgio Araújo. O acusado agia assim: omissivo e conivente com a balbúrdia administrativa. A bagunça administrativa reinante interessava a todos os servidores que foram acusados neste processo, inclusive servia aos interesses do acusado. Os autos assim comprovam - quanto pior o estado de coisas tanto melhor para quantos se locupletavam com a situação.” (fls. 1.670-1.805, grifo acrescentado).

6. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, no âmbito do controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, cabe ao Poder Judiciário apreciar apenas a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Precedentes.

7. *Considerando que a pena de demissão é uma das medidas cabíveis no caso em questão, não se pode, em princípio, em Mandado de Segurança, rever o acerto ou desacerto da decisão tomada em processo administrativo disciplinar que observou os princípios do contraditório e da ampla defesa.*

8. *É indispensável a demonstração evidente da desproporcionalidade da pena aplicada, o que não ocorreu no caso concreto, pois não existe espaço para dilação probatória na célere via do mandamus.*

9. *In casu*, o impetrante era o Chefe Substituto do Setor de Transportes, era grande, portanto, a sua responsabilidade pelas irregularidades apuradas pela Comissão Processante.

10. *Enfim, não se trata apenas do recebimento de diárias indevidas, pois as acusações são muito mais graves, com configuração de improbidade administrativa.*

11. Assim, inexistente direito líquido e certo a ser amparado pelo Mandado de Segurança.

12. Agravo Regimental não provido (STJ, AgInt no MS 19.996/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 1º/08/2017).

Com efeito, além de a análise da proporcionalidade da pena de demissão, no caso concreto, envolvendo WALDEMIR MANOEL ALVES, abranger, de fato, dilação probatória e o exame do próprio mérito da aplicação da pena de demissão, na linha dos precedentes do STF, o presente Mandado de Segurança difere dos que foram concedidos, anteriormente, por esta Primeira Seção, quanto a servidores que integraram o mesmo processo administrativo disciplinar, eis que a Comissão Processante, no âmbito do PAD 10168.000551/2011-85, recomendou, desde o início, a pena de *demissão* ao ora impetrante, trazendo a devida motivação, a qual foi ratificada, pelo parecer da Consultoria Jurídica, e adotada, pela autoridade ora impetrada, como fundamento, ao aplicar a sanção, ora impugnada.

Destaco, ademais, que o eminente Relator concedeu a segurança, determinando o pagamento dos vencimentos ao impetrante, desde a data da publicação da Portaria demissionária, o que não se coaduna com o disposto no art. 14, § 4º, da Lei 12.016/2009 e com as Súmulas 269 e 271, ambas do STF.

Ante o exposto, pedindo a mais respeitosa vênua ao eminente Ministro Relator, Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, *denege* o Mandado de Segurança.

É o voto.

VOTO-VISTA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. ARTIGOS 117, IX, E 132, IV E XIII, DA LEI 8.112/1990. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E

DA RAZOABILIDADE. ATO VINCULADO. DENEGAÇÃO DA ORDEM, ACOMPANHANDO A DIVERGÊNCIA INAUGURADA PELA MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES.

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por Waldemir Manoel Alves, contra ato do Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado da Fazenda que, consubstanciado nos termos da Portaria 44/2013, lhe impôs a pena de demissão do cargo de Técnico em Contabilidade, pelo enquadramento nas infrações disciplinares previstas nos artigos 117, IX, e 132, IV e XIII, da Lei 8.112/1990, com base nos fatos apurados no PAD 10168.000551/2011-85.

O impetrante narra que diante da suposta percepção indevida de diárias foi-lhe aplicada a pena de demissão, padecendo referido ato de ilegalidades pois “no momento da individualização da pena, não foram observadas as disposições contidas no artigo 128 da Lei n. 8.112/1990, tampouco se atentou para obediência aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, previstos no artigo 2º da Lei n. 9.784/1999” (fl. 3), mormente considerando contar com 29 (vinte e nove) anos e 314 (trezentos e quatorze) dias de serviço público, sem jamais ter sofrido qualquer registro desabonador de sua conduta.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 3.180-3.182).

A autoridade coatora prestou as informações, em que defende, preliminarmente, a extinção do *mandamus* face a inadequação da via eleita e impossibilidade jurídica do pedido e, quanto ao mérito, a denegação da segurança diante da inexistência dos vícios apontados pelo impetrante (fls. 3.192-3.337).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da segurança (fls. 3.349-3.352).

O relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, proferiu voto concedendo a segurança, consoante ementa a seguir transcrita:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR LOTADO NA SUPERINTENDÊNCIA DE ADMINISTRAÇÃO DO MINISTÉRIO DA FAZENDA NO ESTADO DA PARAÍBA. PAD. ACUSAÇÃO DE RECEBIMENTO INDEVIDO DE DIÁRIAS. PENA APLICADA. DEMISSÃO. SERVIDOR QUE DETIHA CONCEITO FUNCIONAL IRREPREENSÍVEL. CONFIGURADA AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. SEGURANÇA CONCEDIDA, ENTRETANTO, PARA ANULAR

A PENA DE DEMISSÃO, DETERMINANDO A IMEDIATA REINTEGRAÇÃO DO SERVIDOR, COM O RESSARCIMENTO DE TODOS OS SEUS DIREITOS.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou seu posicionamento no sentido de ser cabível a impetração de Mandado de Segurança contra ato administrativo que impôs sanção disciplinar de demissão ao Servidor, porquanto os atos administrativos comportam controle jurisdicional amplo, conferindo garantia a todos os Servidores contra eventual arbítrio, não se limitando, portanto, somente aos aspectos legais e formais, como algumas correntes doutrinárias ainda defendem.

2. Por força dos princípios da proporcionalidade, a dignidade da pessoa humana e da culpabilidade, aplicáveis ao regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção à Servidor Público em razão de infração disciplinar. Destarte, o controle jurisdicional é amplo, de modo a conferir garantia a todos os Servidores contra eventual arbítrio, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais, como algumas correntes doutrinárias ainda defendem.

3. O Poder Judiciário pode e deve sindicá-lo amplamente, em Mandado de Segurança, o ato administrativo que aplica a sanção de demissão a Servidor Público, para (i) verificar a efetiva ocorrência dos ilícitos imputados ao Servidor; (ii) apurar as suas consequências lesivas à Administração, caso se comprove a sua prática; e (iii) mensurar a adequação da reprimenda à gravidade da infração disciplinar, de modo que a sanção não fique aquém do recomendável pela gravidade do ato e nem vá além do necessário ou razoável para reprimir o comportamento do agente.

4. O impetrante sofreu a pena de demissão imposta pela Portaria, de 20.2.2013, em razão de irregularidades administrativas relacionadas a viagens a serviço e uso indevido de diárias.

5. Malgrado as condutas descritas possam merecer reprimendas, pois ferem, em tese, princípios da Administração Pública, comprometendo a prestação do serviço público e a imagem das instituições públicas perante a sociedade, verifica-se, todavia, não serem graves o bastante para ensejar a pena de demissão, sob pena de ofensa aos princípios de proporcionalidade e da razoabilidade.

6. É inadequada a penalidade de demissão aplicada, além do que, não há, nos antecedentes funcionais do Impetrante, qualquer registro de penalidades, nos quase 30 anos de serviço público que possui. Neste contexto, revela-se efetivamente desproporcional e desarrazoada a pena de demissão impingida ao impetrante pela Autoridade Impetrada.

7. Segurança concedida, para anular a Portaria 44, de 20.2.2013, determinando a imediata reintegração do Servidor, com o devido ressarcimento de todos os seus direitos.

A Ministra Assusete Magalhães, em voto-vista, divergiu do eminente relator para denegar a segurança.

Pedi vista dos autos.

Da exordial do *mandamus* extrai-se que não há discordância quanto aos fatos apurados. O impetrante insurge-se, tão somente, quanto à penalidade aplicada pois, segundo alega, os atos que lhe foram imputados teriam causado ao erário federal prejuízo de valor não vultoso, precisamente R\$ 2.190,19 (dois mil cento e noventa reais e dezenove centavos) e que a jurisprudência dos tribunais pátrios sedimentou a tese de que a percepção indevida de diárias – mesmo sem devolução espontânea – não deveria ser punida com demissão, em observância ao artigo 128 da Lei 8.112/1990, *verbis*:

Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

No caso, ao contrário do que quer fazer crer o impetrante, o exame dos autos revela que a pena de demissão que lhe foi aplicada não decorreu apenas da percepção indevida de diárias, haja vista ter sido enquadrado, também, em atos de improbidade administrativa, conforme se depreende do Relatório Final da Comissão Processante (fls. 1.602-1.826) e do Parecer/PGFN/COJED n. 84/2012 (fls. 1.854-1.891), os quais concluíram pela infração ao disposto nos artigos 117, IX e 132, IV e XIII, da Lei 8.112/1990, que assim expressam:

Art. 117. Ao servidor é proibido:

[...]

IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;

[...]

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

[...]

IV - improbidade administrativa;

[...]

XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

Nesse contexto, cabe salientar que o ato administrativo que externa a punição é vinculado e não deixa margem ao julgador administrativo no concernente aos antecedentes funcionais ou possíveis atenuantes.

Consoante entendimento desta Corte “a Administração Pública, quando se depara com situações em que a conduta do investigado se amolda nas hipóteses de demissão ou cassação de aposentadoria, não dispõe de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa por tratar-se de ato vinculado. Nesse sentido, confira-se: [...] o administrador não tem qualquer margem de discricionariedade na aplicação da pena, tratando-se de ato plenamente vinculado. Configurada a infração do art. 117, XI, da Lei 8.112/90, deverá ser aplicada a pena de demissão, nos termos do art. 132, XIII, da Lei 8.112/90, sob pena de responsabilização criminal e administrativa do superior hierárquico desidioso (MS 15.437/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 26/11/2010)” (MS 15.517/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 18/2/2011).

Destaque-se, ainda, que “acerca da proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da pena de demissão, não obstante seja possível o exame da penalidade imposta, já que estaria relacionada com a própria legalidade do ato administrativo, é firme o entendimento desta Corte Superior de Justiça de que, caracterizada a conduta para a qual a lei estabelece, peremptoriamente, a aplicação de determinada penalidade, não há para o administrador discricionariedade a autorizar a aplicação de pena diversa” (MS 20.052/DF, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, DJe 10/10/2016).

Em igual sentido:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. AUDITORA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. ATRIBUIÇÃO DE IRREGULARIDADES NA EMISSÃO DE CND'S PARA A REGULARIZAÇÃO DE OBRAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. SERVIDORA FEDERAL POR ISSO DEMITIDA. EXCESSO DE PRAZO NA CONCLUSÃO DO PAD. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. ALEGAÇÃO DE VÍCIOS NO PROCEDIMENTO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. FALTA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

[...]

5. O Supremo Tribunal Federal tem orientado sua jurisprudência no sentido de ser lícito à Administração Pública impor ao servidor a sanção de demissão por prática de ato de improbidade. RMS 33.865 AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe 23/09/2016; RMS 28.919 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe 12/02/2015; RMS 33.666, Rel. p/ Acórdão Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, DJe 21/09/2016.

6. Assentado o cometimento de infração punível exclusivamente com a demissão, não cabe ao órgão censor aplicar sanção diversa ao servidor, dado que o comando do art. 132 da Lei n. 8.112/1990 se apresenta como norma vinculante para a

autoridade administrativa julgadora. Como já decidido em hipótese análoga, “Acerca da proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da pena de demissão, é firme o entendimento desta Corte Superior de Justiça de que, caracterizada conduta para a qual a lei estabelece, peremptoriamente, a aplicação de determinada penalidade, não há para o administrador discricionariedade a autorizar a aplicação de pena diversa” (MS 14.667/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 17/12/2014); ainda no STJ e no mesmo sentido, MS 16.105/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Primeira Seção, DJe 02/02/2017; já no STF, RMS 33.911/DF, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe 20/06/2016.

7. Ademais disso, na compreensão do STF, o mandado de segurança, por não admitir dilação probatória, não é meio processual adequado para discutir a razoabilidade ou a proporcionalidade de sanção administrativa aplicada a servidores públicos. Precedentes: MS 33.740 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe 08/02/2017; MS 33.081-DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe 01/03/2016.

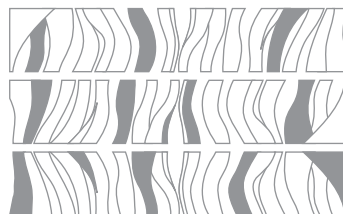
8. Ordem denegada (MS 17.868/DF, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, DJe 23/3/2017, grifo nosso).

Por oportuno, destaco que a Primeira Seção desta Corte, apreciando mandado segurança também relacionado ao PAD 10168.000551/2011-85, externou a compreensão de que *“em situações congêneres, na qual servidores utilizam o seu cargo para obter, ou fornecer para terceiros, valores públicos irregularmente, não há falar em violação da razoabilidade ou proporcionalidade na aplicação da penalidade de demissão. Precedente: MS 12.200/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 3.4.2012”* (MS 19.990/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 2/4/2014).

Assim, da acurada análise dos autos, não há qualquer nulidade a ser declarada, nem tampouco ausência de proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da pena de demissão.

Ante o exposto, com a venia do Excelentíssimo Ministro Relator, acompanho a divergência inaugurada pela eminente Ministra Assusete Magalhães para o fim de denegar a segurança.

É como voto.



Súmula n. 651

SÚMULA N. 651

Compete à autoridade administrativa aplicar a servidor público a pena de demissão em razão da prática de improbidade administrativa, independentemente de prévia condenação, por autoridade judiciária, à perda da função pública.

Referência:

Lei n. 8.112/1990, art.132, IV; art. 141, I e art.167.

Lei n. 8.429/1992, arts.12, 14 e 15.

Precedentes:

MS	17.151-DF	(1ª S, 13.02.2019 - DJe 11.03.2019)
MS	17.868-DF	(1ª S, 08.03.2017 – DJe 23.03.2017)
MS	18.761-DF	(1ª S, 12.06.2019 – DJe 01.07.2019)
MS	19.903-DF	(1ª S, 08.02.2017 - DJe 01.08.2017)
MS	20.870-DF	(1ª S, 14.12.2016 – DJe 17.04.2017)
MS	21.544-DF	(1ª S, 22.02.2017 - DJe 07.03.2017) – acórdão publicado na íntegra

Primeira Seção, em 21.10.2021

DJe 25.10.2021

MANDADO DE SEGURANÇA N. 21.544 - DF (2015/0004447-1)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Impetrante: Fabio Rodrigo Ribeiro de Almeida

Advogado: Heidy Evelyn Westphal e outro(s) - PR066942

Impetrado: Ministro de Estado da Justiça

EMENTA

Processual civil e administrativo. Mandado de segurança individual. Servidor público federal. Policial rodoviário federal. Processo administrativo disciplinar. Pena de demissão. Arts. 116, II e III, e 117, IX, c/c art. 132, IV, da Lei 8.112/1990. Valer-se do cargo público para lograr proveito pessoal. Improbidade administrativa. Ausência de prova da autoria materialidade delitiva. Inadequação da via eleita. Necessidade de dilação probatória. Precedentes. Rejeição do relatório final da primeira comissão. Possibilidade. Parágrafo único do art. 168 da Lei 8.112/1990. Anulação parcial do PAD em razão de nulidades insanáveis no ato de indicição. Art. 169 c/c 161 da Lei 8.112/1990. Ausência de nulidade do PAD. Competência da administração pública para impor penalidade a servidor público por ato de improbidade administrativa. Precedentes do STF e do STJ. Desnecessidade de anterior julgamento na esfera penal. Incomunicabilidade das instâncias. Precedentes. Não enquadramento da conduta no ilícito previsto nos arts. 116, II e III, e 117, IX c/c art. 132, IV, da Lei 8.112/1990. Anulação da pena demissória. Segurança parcialmente concedida.

1. Pretende o impetrante, Policial Rodoviário Federal, a concessão da segurança para anular a Portaria 2.139, de 16/12/2014, do Exmo. Senhor Ministro de Estado da Justiça, que lhe impôs pena de demissão do cargo público anteriormente ocupado, pelo enquadramento nas infrações disciplinares previstas nos arts. 116, II e III, e 117, IX c/c 132, IV, da Lei 8.112/1990, ao fundamento da inexistência de prova ampla, cabal, convincente, indubitável e irretorquível acerca da suposta infração disciplinar; da inobservância do art. 168 da Lei 8.112/1990; da inobservância do disposto no art. 20 da Lei 8.429/1992, que

condiciona a perda do cargo público à existência de decisão judicial transitada em julgado, bem como a incompetência da Administração Pública para punir servidor público por suposto ato de improbidade administrativa; a desproporcionalidade da penalidade aplicada e a ilegalidade da pena de demissão ante a inexistência de sentença penal condenatória transitada em julgado.

2. É firme o entendimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal e desse Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o mandado de segurança não é a via adequada para o exame da suficiência do conjunto fático-probatório constante do Processo Administrativo Disciplinar - PAD, a fim de verificar se o impetrante praticou ou não os atos que foram a ele imputados e que serviram de base para a imposição de penalidade administrativa, porquanto exige prova pré-constituída e inequívoca do direito líquido e certo invocado. Outrossim, o controle jurisdicional do PAD restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e a legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo, a impedir a análise e valoração das provas constantes no processo disciplinar. Precedentes.

3. No sistema de apuração de infrações disciplinares atribuídas a servidores públicos regidos pela Lei 8.112/1990, a Comissão Processante não concentra as funções de acusar e julgar, de modo que a autoridade julgadora não está adstrita às conclusões da Comissão Processante, podendo agravar ou abrandar a penalidade, ou até mesmo isentar o servidor da responsabilidade, desde que apresente a devida fundamentação, nos moldes que reza o art. 168, *caput* e parágrafo único, da Lei 8.112/1990. Outrossim, pode a autoridade competente, verificando a ocorrência de vício insanável, determinar a anulação total ou parcial do PAD, ordenando a constituição de outra Comissão, para instaurar nova persecução disciplinar. Inteligência do art. 169 da Lei 8.112/1990.

4. Do exame das provas pré-constituídas acostadas aos autos, observa-se que a par do Relatório Final elaborado pela 1ª Comissão Processante, a Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça opinou pela anulação parcial do PAD a partir do Despacho de Instrução e

Indiciação, com a constituição de nova Comissão Processante, nos moldes do art. 169 da Lei 8.112/1990, ao fundamento de que não houve a adequada especificação dos fatos imputados ao impetrante com base nas provas dos autos, para fins de tipificação, conforme exige o art. 161 da Lei 8.112/1990. Desse modo, não se vislumbra qualquer nulidade no PAD por suposta inobservância do art. 168 da Lei 8.112/1990, posto que o Relatório Final da 1ª Comissão Processante não restou acolhido pela autoridade julgador por estar em descompasso com as provas dos autos e a correta especificação dos fatos irregularidades atribuídos ao impetrante, hipótese em que foi anulado parcialmente o PAD, a fim de que fosse feita nova indicição, com a correta especificação das condutas delitivas, consoante exige o art. 161 da Lei 8.112/1990, assegurando-se ao impetrante o mais completo exercício do direito de defesa.

5. A indicação de nova capitulação jurídica para os fatos apurados pela Comissão Processante não macula o procedimento adotado, tendo em vista que o indiciado se defende dos fatos a ele imputados, não da sua classificação legal. Precedentes.

6. É firme o entendimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca da **competência da autoridade administrativa para impor pena de demissão a servidor público em razão da prática de ato de improbidade administrativa, independentemente de provimento jurisdicional**, porquanto a penalidade administrativa não se confunde com a pena de perda da função pública prevista no art. 12 da Lei 8.429/1992, esta sim aplicável exclusivamente pela autoridade judiciária. Precedentes.

7. Por força do Princípio da Incomunicabilidade das Instâncias, esta Corte Superior já decidiu que **a imposição de sanção disciplinar pela Administração Pública, quando comprovado que o servidor praticou ilícito administrativo, prescinde de anterior julgamento na esfera criminal**. Precedentes.

8. Foi atribuída ao impetrante a infração funcional prevista no **art. 116, II e III, e 117, IX, da Lei 8.112/1990**, por ter sido flagrado, no dia 16/12/2010, na BR 476, Km 157, no município de Araucária/PR, dirigindo de forma perigosa veículo automotor Toyota Corolla de placa LRR-1132/PR, em visível estado de embriaguez (sonolência

e falar arrastado), usando uniforme completo da Polícia Rodoviária Federal e portando armamento que lhe fora cautelado em função do cargo público, mesmo estando no gozo de férias regulares no período de 1º a 30/12/2010 e descoberto de qualquer Ordem de Serviço ou situação emergencial que justificasse tal agir, em desrespeito às atribuições do cargo público ora desempenhado, o descumprindo normas de trânsito e desrespeito à missão institucional e à imagem do Departamento de Polícia Rodoviária Federal/MJ, **utilizando-se indevidamente do cargo público para fins diversos daqueles especificados em lei**, conforme consta do relatório final do PAD acostado às fls. 346/381-e.

9. Em que se pese tratar de uma conduta deveras reprovável, especialmente por se referir a um Policial Rodoviário Federal, o qual deve dar o exemplo aos demais condutores, **certo é que mesmo assim tal conduta, de forma isolada e sem outras agravantes, não se mostra apta, por si só, para justificar a pena de demissão e a ser enquadrada no tipo legal dos arts. 132, IV e do art. 117, IX, da Lei 8.112/1990**, ainda mais quando **não se vislumbra o uso do cargo público para beneficiar-se indevidamente a si ou a outrem**, mas apenas uma **conduta incompatível com a moralidade administrativa e a inobservância de normas regulamentares da Polícia Rodoviária Federal**, condutas estas **insuficientes a ensejar a pena capital**, ainda mais quando a referida conduta sequer teve o condão de gerar qualquer prejuízo à imagem da Polícia Rodoviária Federal e ou vantagens ao impetrante ou se enquadrar como ato de improbidade administrativa, sendo praticadas, em verdade, para dar ares de verdade a uma mentira do impetrante para sua namorada, sendo que em nenhum momento restou evidenciado que o impetrante fez uso do uniforme completo da Polícia Rodoviária Federal para furtar-se a eventual fiscalização de trânsito.

10. *“Apoiar que houve valimento do cargo ou improbidade administrativa é desproporcional e sequer atende aos tipos previstos no artigo 117, inciso IX, e artigo 132, inciso IV, ambos da Lei 8.112/90. O uso do uniforme institucional foi utilizado para dar ares de verdade a uma mentira do acusado para sua namorada, não ferindo a dignidade da função pública e não se enquadrando em improbidade administrativa, que nada mais é do que uma forma qualificada de afronta ao princípio da*

moralidade. A farsa restringiu-se ao âmbito da vida privada do servidor. A mentira, por si só, não possuía o condão de denegrir a imagem da instituição ou de trazer prejuízos à Administração. Também não há nos autos indícios de que o acusado tenha se uniformizado com o intuito de não ser fiscalizado. Pelas declarações das testemunhas, o acusado colaborou com a fiscalização e não solicitou vantagens por ser policial. O uso do uniforme possuía outro intento e, para caracterizar as infrações demissionárias, seria necessário o ânimo subjetivo de valer-se do cargo” (Informação DICOR/CG n° 107/2014, Corregedoria-Geral da Polícia Rodoviária Federal)

11. “Com efeito, para se configurar a infração de se valer do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, nos termos do art. 117, IX, da Lei n° 8.112/90, são indispensáveis o dolo, a vantagem oriunda de um comportamento ilegal e o nexo de causalidade entre a ilicitude do proveito obtido e o exercício funcional do servidor público, estes últimos não reconhecidos pela Comissão Processante. Não há relação de causalidade entre a conduta apurada e o exercício do cargo de Policial Rodoviário Federal, tendo em vista que o uniforme e os acessórios da corporação foram utilizados fora do serviço, no período de férias do servidor. O impetrante não se beneficiou ilicitamente do cargo de Policial Rodoviário Federal, uma vez que houve a apreensão do veículo e da pistola que portava e foram lavrados Boletim de Ocorrência e Auto de Infração e Termo de Constatação de Embriaguez – fls. 59/66. [...] A conduta do impetrante, em gozo de férias, de usar o uniforme funcional e os equipamentos individuais respectivos enquanto dirigia embriagado, não importa em enriquecimento ilícito ou lesão ao erário, não se enquadrando nas previsões dos arts. 9° e 10 da Lei de Improbidade Administrativa. [...] As infrações perpetradas pelo impetrante, embora contrárias aos deveres funcionais inerentes ao cargo de Policial Rodoviário Federal, não se amoldam ao conceito de ato de improbidade administrativa constante do art. 11 da Lei n° 8.429/92, que prevê a violação qualificada dos princípios da administração pública, na forma das condutas nele arroladas. Não se verifica, portanto, a prática de ato ímprobo, porque não foram comprovados, no processo disciplinar, a ocorrência de enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou violação de princípios da Administração Pública. Dessa forma, a conduta em exame configura somente afronta aos deveres funcionais do servidor público, uma vez que houve desrespeito à obrigação de ser leal à instituição em que serve e respeitar as normas

legais e regulamentares, nos termos do art. 116, II e III, da Lei nº 8.112/90, padrão de comportamento não observado pelo impetrante, que fez uso do uniforme e dos instrumentos de trabalho fora do exercício da função e após ingerir bebida alcoólica. [...] No caso, a conduta do impetrante não possui a mesma natureza nem revela a gravidade inerente aos casos previstos no art. 132 de mencionada lei, o qual elenca atitudes que não devem ser toleradas no âmbito do serviço público, tais como crimes contra a administração pública, abandono de cargo, improbidade administrativa, insubordinação grave, ofensa física em serviço, lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional e corrupção. Por outro lado o servidor não auferiu nenhuma vantagem ilícita em virtude do cargo, não causou dano ao erário e sequer estava em serviço quando foi encontrado dirigindo sob o efeito de álcool e usando o uniforme da corporação. Não se verifica também a existência de circunstâncias agravantes que extrapolem o âmbito dos deveres infringidos, consistentes em ser leal às instituições a que serve e observar as normas legais e regulamentares. Saliente-se, ainda, que não possui antecedentes funcionais – fls. 247. Assim, a demissão, pena a ser imputada às infrações previstas no art. 132 da Lei 8.112/90, não se aplica nos casos de afronta aos deveres funcionais do servidor arrolados no art. 116, restringindo-se somente às violações de maior gravidade e que demonstrem um padrão de conduta incompatível com o exercício do cargo. [...] Concluo, pois, pela ilegalidade da Portaria nº 2.139/2014, que imputou a penalidade de demissão ao impetrante” (Parecer do Ministério Público Federal, Subprocuradora-Geral da República, Dra. Darcy Santana Vitobello).

12. Segurança parcialmente concedida. Liminar confirmada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

“Prosseguindo no julgamento, a Seção, por unanimidade, concedeu parcialmente a segurança e ratificou a liminar anteriormente concedida, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

A Sra. Ministra Assusete Magalhães e os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Francisco Falcão e Benedito Gonçalves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília (DF), 22 de fevereiro de 2017.

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de Mandado de Segurança Individual, com pedido liminar, impetrado por **FÁBIO RODRIGO RIBEIRO DE ALMEIDA** contra ato comissivo do Exmo. Senhor Ministro de Estado da Justiça, consubstanciado na **Portaria 2.139, de 16/12/2014** (DOU de 17/12/2014), que lhe aplicou pena de **demissão** do cargo público de Policial Rodoviário Federal do Quadro de Pessoal do Ministério da Justiça, em razão da infração dos deveres tipificadas nos incisos II (*“ser leal às instituições a que servir”*) e III (*“observar as normas legais e regulamentares”*) do art. 116 da Lei 8.112/1990 e nas proibições previstas nos arts. 117, IX (*“valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública”*) e 132, IV (*“improbidade administrativa”*), também da Lei 8.112/1990, em razão das infrações disciplinares apuradas no bojo do **PAD 08652.006003/2010-74**.

Narra o impetrante: **(i)** que teve contra si instaurado o PAD 08652.006003/2010-74, destinado a apurar infração disciplinar cometida no dia 16/12/2010, por estar supostamente conduzindo veículo automotor sob a influência de álcool, estando uniformizado e portando armamento da Polícia Rodoviária Federal, a despeito de estar fora de serviço; **(ii)** que a Primeira Comissão Processante decidiu pela sua indicição, por entender configurada, em tese, a prática das seguintes infrações disciplinares: *falta de compostura ou indiscrição, estando em serviço ou em qualquer circunstância em que se apresente como policial, uniformizado ou não (art. 3º, XLI, do Regulamento Disciplinar do DPRF), ingerir bebidas alcoólicas ou apresentar-se embriagado estando em serviço ou uniformizado (art. 3º, XLIV, do Regulamento Disciplinar do DPRF), dever de observar as normas legais e regulamentares (art. 116, III, da Lei 8.112/1990) e dever de manter conduta compatível com a moralidade administrativa (art. 116,*

IX, da Lei 8.112/1990); **(iii)** que apresentou Defesa Escrita, vindo a Primeira Comissão Processante a elaborar o Relatório Final, opinando pela confirmação das infrações listadas no Termo de Indiciação e a aplicação de penalidade de 10 (dez) dias de suspensão; **(iv)** que a Corregedoria Regional da 7ª SRPRF/PR opinou pela aplicação da penalidade de 45 (quarenta e cinco) dias de suspensão, o que foi acatado pelo Superintendente Regional, com remessa dos autos à Corregedoria-Geral da DPRF; **(v)** que a Corregedoria-Geral da DPRF acatou a sugestão de penalidade de suspensão por 45 dias e encaminhou os autos à autoridade coatora; **(vi)** que a Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça opinou pela anulação parcial do PAD a partir do despacho de indicição, para que então fosse constituída uma Segunda Comissão processante, a fim de proceder novo indiciamento para o enquadramento nas infrações previstas nos arts. 116, II, III e IX, 117, IX e 132, IV da Lei 8.112/1990 c/c art. 11, I, da Lei 8.429/1992, o que foi acolhido pela autoridade competente; **(vii)** retornando os autos à Corregedoria Regional da 7ª Superintendência, foi designada a Segunda Comissão Processante, a qual indiciou o impetrante com base nas infrações tipificadas nos arts. 116, II, III e IX, 117, IX e 132, IV da Lei 8.112/1990 c/c art. 11, I, da Lei 8.429/1992, insistindo, entretanto, na penalidade de 45 (quarenta e cinco) dias de suspensão, que foi acolhido pelo Corregedor e pelo Superintendente Regional da DPRF e também pela Corregedoria-Geral da PRF; **(viii)** que a autoridade coatora, com base no parecer da Consultoria Jurídica, aplicou a pena de demissão, nos termos do ato apontado como coator.

Sustenta, em síntese, a ilegalidade do ato apontado como coator e a nulidade do PAD 08652.006003/2010-74, com base nos seguintes fundamentos:

- a) a inexistência de prova ampla, cabal, convincente, indubitável e irretorquível acerca da suposta infração disciplinar, havendo graves contradições entre os testemunhos colhidos na instrução e inexistindo indícios da conduta delitiva;
- b) a inobservância do disposto no art. 168 da Lei 8.112/1990, na medida em que a autoridade coatora deixou de acatar o Relatório Final da Primeira Comissão Processante sem, contudo, mencionar onde estaria a contrariedade com as provas dos autos, além de divergir acerca da capitulação legal e da penalidade, sem garantir o devido contraditório;
- c) a inobservância do disposto no art. 20 da Lei 8.429/1992, que condiciona a perda do cargo público à existência de decisão judicial transitada em julgado, bem como a incompetência da Administração Pública para punir servidor público por suposto ato de improbidade administrativa;
- d) a inobservância do disposto no art. 128 da Lei 8.112/1990, em razão da ausência de proporcionalidade e razoabilidade da penalidade aplicada;

e) a ilegalidade da pena de demissão imposta, frente à inexistência de sentença penal condenatória transitada em julgado e relativa aos mesmos fatos.

Pugna pela concessão da liminar, “*para que seja determinado ao Senhor Ministro de Estado da Justiça que suspenda os efeitos do Ato Demissionário no Processo Administrativo Disciplinar 08652.006003/2010-74, determinando-se a reintegração imediata do Impetrante ao cargo ocupado até a concessão final da segurança*” (e-STJ, fl. 55), na medida que estariam presentes os pressupostos autorizadores.

Pugna, por fim, pela concessão da segurança, a fim de que “*se anule o Processo Administrativo Disciplinar 08652.006003/2010-74, e seja determinada a reintegração do servidor, com a aplicação do artigo 28 da Lei nº 8112/90*” (e-STJ, fl. 56).

Às fls. 468/475-e, a Ministra Vice-Presidente do STJ, no exercício da Presidência, **DEFERIU A LIMINAR** para suspender os efeitos da Portaria demissória e determinar o retorno do impetrante ao cargo que ocupava, até ulterior decisão desta Corte, tendo em vista a presença dos pressupostos legais autorizadores, em especial a plausibilidade do direito invocado (desproporcionalidade da penalidade) e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

A União interpôs agravo regimental às fls. 490/505-e, o qual restou **IMPROVIDO** por esta 1ª Seção do STJ, nos termos do acórdão acostado às fls. 582/594-e, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. ATO COATOR: PENA DE DEMISSÃO. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES AO DEFERIMENTO DA LIMINAR. *PERICULUM IN MORA E FUMUS BONI IURIS*. DESPROPORCIONALIDADE DA PENA IMPOSTA. INEXISTÊNCIA DE *PERICULUM IN MORA* INVERSO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O deferimento de tutela liminar pressupõe o adimplemento conjunto de dois requisitos, a saber: a probabilidade de êxito na demanda após cognição exauriente e o risco de dano irreparável ou de difícil reparação a quem, ao fim, sagre-se titular do direito. Inteligência do art. 7º, inc. III, da Lei 12.016/2009.

2. No caso concreto estão presentes os pressupostos autorizadores ao deferimento da liminar.

3. O *fumus boni iuris* restou evidenciado diante da comprovada desproporcionalidade entre a penalidade aplicada e a infração administrativa

praticada de forma isolada e sem outras agravantes, consistente na condução de veículo próprio sob a influência de álcool, estando uniformizado e portando armamento da Polícia Rodoviária Federal, a despeito de encontra-se em período de férias, a qual não se mostra apta, por si só, para justificar a pena de demissão e o seu enquadramento no tipo legal do art. 117, IX, da Lei 8.112/1990. Ademais, ao menos em sede de cognição sumária, não se vislumbra o uso do cargo público para beneficiar-se indevidamente a si ou a outrem, mais apenas uma conduta incompatível com a moralidade administrativa e a inobservância de normas regulamentares da Polícia Rodoviária Federal, as quais não ensejam a pena capital.

4. O *periculum in mora* restou demonstrado diante do comprovado quadro clínico do filho do impetrante, com pouco mais de 02 (dois) anos de idade, diagnosticado com distúrbio da beta oxidação dos ácidos graxo, doença genética autossômica recessiva, necessitando de tratamento médico permanente, a justificar a reintegração do impetrante ao cargo anteriormente ocupado, com a manutenção dos proventos, até decisão ulterior desta Corte.

5. Não há que se falar em *periculum in mora* inverso porquanto a agravante não logrou demonstrar de que forma a reintegração do impetrante ao servidor público colocaria em risco a segurança da sociedade e das rodovias do país.

6. Agravo regimental não provido.

A autoridade coatora prestou informações às fls. 511/574-e, onde pugna pela **DENEGAÇÃO** da segurança, com base nos seguintes argumentos: **(i)** existência de provas robustas, aptas a demonstrar a autoria e materialidade da infração funcional; **(ii)** o caráter meramente opinativo do Relatório Final do PAD, não estando a autoridade julgadora vinculada às conclusões da Comissão Processante; **(iii)** ausência de violação ao devido processo legal; **(iv)** a proporcionalidade da penalidade aplicada; **(v)** a possibilidade de demissão na órbita administrativa fundamentada na Lei de Improbidade Administrativa; **(vi)** a desnecessidade de sentença penal condenatória com trânsito em julgado, frente à independência das esferas administrativa e criminal.

O Ministério Público Federal ofereceu parecer às fls. 603/617-e, opinando pela **CONCESSÃO** da segurança, nos termos da seguinte ementa:

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. DEMISSÃO. ANÁLISE DA PRÁTICA DE INFRAÇÕES E DA EXISTÊNCIA DE DOLO. MÉRITO DO ATO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME PELO PODER JUDICIÁRIO. RELATÓRIO DA COMISSÃO PROCESSANTE QUE CONCLUIU PELA VIOLAÇÃO DE DEVERES FUNCIONAIS E OPINOU PELA PENA DE SUSPENSÃO. REENQUADRAMENTO PELA AUTORIDADE JULGADORA

FUNDAMENTADO NO PARECER DA CONJUR. ART. 168, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.112/90. UTILIZAÇÃO DO CARGO EM PROVEITO PESSOAL E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO CONFIGURADAS. NÃO CABIMENTO DA PENA DE DEMISSÃO. PELA CONCESSÃO DA ORDEM.

É, em síntese, o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Pretende o impetrante, Policial Rodoviário Federal, a concessão da segurança para anular a Portaria 2.139, de 16/12/2014, do Exmo. Senhor Ministro de Estado da Justiça, que lhe impôs pena de demissão do cargo público anteriormente ocupado, pelo enquadramento nas infrações disciplinares previstas nos arts. 116, II e III, e 117, IX c/c 132, IV, da Lei 8.112/1990, ao fundamento da inexistência de prova ampla, cabal, convincente, indubitável e irretorquível acerca da suposta infração disciplinar; da inobservância do art. 168 da Lei 8.112/1990; da inobservância do disposto no art. 20 da Lei 8.429/1992, que condiciona a perda do cargo público à existência de decisão judicial transitada em julgado, bem como a incompetência da Administração Pública para punir servidor público por suposto ato de improbidade administrativa; a desproporcionalidade da penalidade aplicada e a ilegalidade da pena de demissão ante a inexistência de sentença penal condenatória transitada em julgado.

Ausentes preliminares processuais e considerando-se as diversas teses jurídicas sustentadas pelo impetrante e para a melhor compreensão do *decisum*, o presente voto será estruturado em tópicos.

I - DA ALEGADA NULIDADE DO ATO APONTADO COMO COATOR EM RAZÃO DA INEXISTÊNCIA DE PROVAS CABAIS DA MATERIALIDADE DA INFRAÇÃO DISCIPLINAR

Sustenta, inicialmente, o impetrante a nulidade do PAD 00406.003398/2008-39 em razão da inexistência de prova ampla, cabal, convincente, indubitável e irretorquível acerca da suposta infração disciplinar, havendo graves contradições entre os testemunhos colhidos na instrução e inexistindo indícios da conduta delitiva.

Pois bem.

Em que pese os esforços do impetrante, é firme o entendimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal e desse Superior Tribunal de Justiça no sentido de que **o Mandado de Segurança não é a via adequada para o exame da suficiência do conjunto fático-probatório constante do Processo Administrativo Disciplinar - PAD, a fim de verificar se o impetrante praticou ou não os atos que foram a ele imputados e que serviram de base para a imposição de penalidade administrativa**, porquanto exige prova pré-constituída e inequívoca do direito líquido e certo invocado.

Outrossim, o controle jurisdicional do PAD restringe-se **ao exame da regularidade do procedimento e a legalidade do ato, à luz dos Princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo, a impedir a análise e valoração das provas constantes no processo disciplinar.**

Nesse sentido:

MANDADO DE SEGURANÇA. MAGISTRADO. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ART. 27, § 1º DA LOMAN. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. ILICITUDE DA PROVA E IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA PROVA EMPRESTADA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. SEGURANÇA DENEGADA. [...] 4. **Remansosa é a jurisprudência desta Corte no sentido de que, “se o ato impugnado em mandado de segurança decorre de fatos apurados em processo administrativo, a competência do Poder Judiciário circunscreve-se ao exame da legalidade do ato coator, dos possíveis vícios de caráter formal ou dos que atentem contra os postulados constitucionais da ampla defesa e do due process of law”** (RMS 24.347, rel. min. Maurício Correa, DJ 04.04.2003, RMS 24.533 (rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ 15.04.2005), o RMS 24.901 (rel. min. Carlos Britto, DJ 1.02.2005), o RMS 24.256-AgR (rel. min. Ilmar Galvão, DJ 13.09.2002), o RMS 23.988 (rel. min. Ellen Gracie, DJ 1º.02.2002) e o MS 21.294 (rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ 21.09.2001)). [...] (MS 24803, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/2008, DJe-104 de 04-06-2009)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO DISCIPLINAR. AUTORIDADE COATORA. APLICAÇÃO DE SANÇÃO DIVERSA DA SUGERIDA PELA COMISSÃO PROCESSANTE. POSSIBILIDADE. UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA. CONTROLE JURISDICIONAL. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO. AUSÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE PARA O ADMINISTRADOR. [...] 4. **No controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário limita-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato, não sendo possível qualquer incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e**

oportunidade. Assim, mostra-se inviável a análise das provas constantes no processo disciplinar. [...] (MS 14.667/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/12/2014, DJe 17/12/2014)

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DELIBERAÇÃO DO CONSELHO DA POLÍCIA CIVIL DO PARANÁ. ACOLHIMENTO PELO GOVERNADOR DO ESTADO. DEMISSÃO DO CARGO DE DELEGADO DE POLÍCIA "A BEM DO SERVIÇO PÚBLICO". **PODER JUDICIÁRIO ADSTRITO À ANÁLISE DA LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO.** PARTICIPAÇÃO DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONSELHO DA POLÍCIA CIVIL. NULIDADE. I - **A atuação do Poder Judiciário no controle do processo administrativo circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento e da legalidade do ato, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo, o que inviabiliza a análise e a valoração das provas constantes do processo administrativo** (AgRg no RMS 25.722/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 13/09/2013). [...] (RMS 27.652/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/11/2014, DJe 14/11/2014)

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PAD. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E RAZOABILIDADE. OFENSA NÃO CONFIGURADA. 1. **O mandado de segurança não é a via adequada para se reexaminar o conteúdo fático-probatório constante do processo administrativo** (MS 13.161/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 23/02/2011, DJe 30/08/2011). **A atuação do Poder Judiciário circunscreve-se, nessas hipóteses, ao campo da regularidade do procedimento e da legalidade do ato, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo, o que inviabiliza a análise e a valoração das provas constantes do processo administrativo** (AgRg no RMS 25.722/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 13/09/2013). [...] (RMS 24.606/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 03/11/2014)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CARÁTER MANIFESTAMENTE INFRINGENTE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. PENA DE DEMISSÃO. **PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. REEXAME DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE.** REGULAR PROCEDIMENTO. PROPORCIONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. [...] 2. **O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que, no âmbito do controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, cabe ao Poder Judiciário apreciar apenas a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.** [...] (EDcl no REsp 1283877/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 08/09/2014)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MAGISTRADO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE REMOÇÃO COMPULSÓRIA. NULIDADE DO JULGAMENTO. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL OBSERVADOS. CONDENAÇÃO ANTERIOR NAS PENAS DE ADVERTÊNCIA E CENSURA. DECISÃO A *QUO* DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. **No que diz respeito ao controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que compete ao Poder Judiciário apreciar a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem, contudo, adentrar no mérito administrativo.** 2. **É inviável a apreciação da alegação do impetrante de que o ato decisório não encontra respaldo nas provas constantes do processo administrativo disciplinar, porquanto o seu exame requisita, necessariamente, a revisão do material fático apurado no procedimento administrativo, com a consequente incursão no mérito do julgamento administrativo, estranhos ao âmbito de cabimento do *mandamus* e à competência do Poder Judiciário. Precedentes do STJ e do STF. [...] (RMS 38.446/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 06/03/2014)**

MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO PROCESSUAL CIVIL - LITISPENDÊNCIA - NÃO CONFIGURAÇÃO - DIREITO ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - DEMISSÃO - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO DEMONSTRADO - ANULAÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO PENAL - REFLEXOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO - PENALIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - DESNECESSIDADE DE AÇÃO JUDICIAL. 1. **Não cabe ao Poder Judiciário o exame do mérito administrativo motivador do ato administrativo, restringindo seu exame à aferição da regularidade do procedimento e da legalidade da pena aplicada. [...] (MS 16.133/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/09/2013, DJe 02/10/2013)**

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PAD. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E RAZOABILIDADE. OFENSA NÃO CONFIGURADA. 1. **O mandado de segurança não é a via adequada para se reexaminar o conteúdo fático-probatório constante do processo administrativo** (MS 13.161/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 23/02/2011, DJe 30/08/2011). **A atuação do Poder Judiciário circunscreve-se, nessas hipóteses, ao campo da regularidade do procedimento e da legalidade do ato, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo, o que inviabiliza a análise e a valoração das provas constantes do processo administrativo** (AgRg no RMS 25.722/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 13/09/2013)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PORTARIA N. 58, DE 30/8/2010 DO MINISTRO DE ESTADO CHEFE DO GABINETE DE SEGURANÇA INSTITUCIONAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO DOS QUADROS DA AGÊNCIA BRASILEIRA DE INTELIGÊNCIA - ABIN. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA. GESTOR DO REFERIDO CONTRATO. CONSULTOR DA EMPRESA CONTRATADA. ATUAÇÃO REMUNERADA. LICITAÇÃO. FRAUDE. PRÁTICA DAS INFRAÇÕES DO ARTIGO 117, IX E XII, DA LEI N. 8.112/90. PREVISÃO LEGAL. ARTIGO 132, IV, XI E XIII, DA LEI N. 8.112/90. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ATO DEMISSONÁRIO PRATICADO NO PERÍODO ELEITORAL. ARTIGO 29 DA LEI N. 8.214/91. INAPLICABILIDADE. APLICAÇÃO DE PENA DESPROPORCIONAL E EXCESSIVA NÃO VERIFICADA. QUESTÕES REFERENTES AO MÉRITO ADMINISTRATIVO. ANÁLISE VEDADA EM SEDE MANDAMENTAL. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NÃO OBSERVADA. REINTEGRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. [...] 6. **A discussão sobre o alcance e a consistência das provas que serviram de base à conclusão adotada pela comissão processante revela-se inadequada à via estreita do mandado de segurança - que exige prova pré-constituída e inequívoca do direito líquido e certo invocado - , sendo certo, outrossim, que o controle jurisdicional dos processos administrativos restringe-se à regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem análise do mérito administrativo, postulados observados pela comissão processante.** 7. Mandado de segurança denegado. (MS 15.690/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2011, DJe 06/12/2011)

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA FEDERAL. PENALIDADE DE DEMISSÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. NÃO-OCORRÊNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. OBSERVÂNCIA DO PRAZO DE 140 DIAS PARA CONCLUSÃO. INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. PROVA EMPRESTADA. POSSIBILIDADE. INVERSÃO NA ORDEM DOS ATOS PROCEDIMENTAIS. NULIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DO PROCESSO DISCIPLINAR. MANDADO DE SEGURANÇA. VIA INADEQUADA. NULIDADES DO PROCESSO DISCIPLINAR AFASTADAS. NÃO-CABIMENTO DE DIREITOS RETROATIVOS. [...] 9. **O mandado de segurança não é a via adequada para se reexaminar o conteúdo fático-probatório constante do processo administrativo disciplinar para se verificar se a impetrante praticou ou não os atos que foram a ela imputados e que serviram de base para sua demissão.** [...] (MS 13.161/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/02/2011, DJe 30/08/2011)

ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. REGULARIDADE. COMISSÃO PROCESSANTE. COMPOSIÇÃO. PORTARIA

DE INSTAURAÇÃO. PUBLICAÇÃO EM BOLETIM DE SERVIÇO. NOME DOS INDICIADOS. PRÉVIA SINDICÂNCIA. DESNECESSIDADE. REEXAME DE PROVAS. MÉRITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. [...] 5 - **A ação mandamental não se mostra adequada à reavaliação do conjunto probatório produzido no processo disciplinar, reclamando prova pré-constituída da liquidez e certeza do direito vindicado.** 6 - Ordem denegada. (MS 9.421/DF, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/08/2007, DJ 17/09/2007, p. 201)

Desse modo, tendo a Comissão Processante concluído pela responsabilização do impetrante, por ter sido flagrado, no dia 16/12/2010, na BR 476, Km 157, no município de Araucária/PR, dirigindo de forma perigosa veículo automotor Toyota Corolla de placa LRR-1132/PR, em visível estado de embriaguez (sonolência e falar arrastado), usando uniforme completo da Polícia Rodoviária Federal e portando armamento que lhe fora cautelado em função do cargo público, mesmo estando no gozo de férias regulares no período de 1º a 30/12/2010 e descoberto de qualquer Ordem de Serviço ou situação emergencial que justificasse tal agir, em desrespeito às atribuições do cargo público ora desempenhado, o descumprindo normas de trânsito e desrespeito à missão institucional e à imagem do Departamento de Polícia Rodoviária Federal/MJ, utilizando-se indevidamente do cargo público para fins diversos daqueles especificados em lei, conforme consta do relatório final do PAD acostado às fls. 346/381-e, e limitando-se o impetrante a sustentar a inexistência de prova ampla, cabal, convincente, indubitável e irretorquível acerca da suposta infração disciplinar, havendo graves contradições entre os testemunhas colhidos na instrução e inexistindo indícios da infração disciplinar, **deixando, entretanto, de colacionar aos autos provas inequívocas e pré-constituídas em tal sentido, revela-se inadequada a via eleita, por demandar dilação probatória**, devendo ser postulada na via própria.

II - DA ALEGADA ILEGALIDADE DO ATO APONTADO COMO COATOR EM RAZÃO DO NÃO ACOLHIMENTO DO RELATÓRIO DA COMISSÃO PROCESSANTE E DA NÃO OBSERVÂNCIA DO ART. 168 DA LEI 8.112/1990

Sustenta também o impetrante a nulidade do ato apontado como coator diante da inobservância do disposto no art. 168 da Lei 8.112/1990, na medida em que a autoridade coatora deixou de acatar o Relatório Final da Primeira

Comissão Processante sem, contudo, mencionar onde estaria a contrariedade com as provas dos autos, além de divergir acerca da capitulação legal e da penalidade, sem garantir o devido contraditório.

Tal alegação também não merece guarida.

No sistema de apuração de infrações disciplinares atribuídas a servidores públicos regidos pela Lei n. 8.112/90, a Comissão Processante não concentra as funções de acusar e julgar, de modo que a autoridade julgadora não está adstrita às conclusões da Comissão Processante, podendo agravar ou abrandar a penalidade, ou até mesmo isentar o servidor da responsabilidade, desde que apresente a devida fundamentação, nos termos do art. 168 da Lei 8.112/1990, que assim dispõe:

“Art. 168. O julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos.

Parágrafo único. Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade»

Outrossim, pode a autoridade competente, verificando a ocorrência de vício insanável, determinar a anulação total ou parcial do PAD, ordenando a constituição de outra Comissão, para instaurar nova persecução disciplinar, consoante reza o art. 169 da Lei 8.112/1990, segundo o qual *“verificada a ocorrência de vício insanável, a autoridade que determinou a instauração do processo ou outra de hierarquia superior declarará a sua nulidade, total ou parcial, e ordenará, no mesmo ato, a constituição de outra comissão para instauração de novo processo”*.

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUDITOR-FISCAL DA RECEITA FEDERAL. DEMISSÃO DECORRENTE DA CONCLUSÃO DA SEGUNDA COMISSÃO DISCIPLINAR. EVOLUÇÃO PATRIMONIAL INJUSTIFICADA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE NOVA COMISSÃO DISCIPLINAR. ARTS. 168 E 169 DA LEI 8.112/90. SEGURANÇA DENEGADA. I. Constituída a primeira Comissão Disciplinar, no âmbito do Ministério da Fazenda, para apurar irregularidades na conduta do ora impetrante, ao final dos trabalhos entendeu ela, no que se refere à evolução patrimonial injustificada do servidor, de maneira inconclusa, que, de acordo com documentos a que teve acesso e que constavam do processo administrativo disciplinar, não se poderia aferir a variação patrimonial a descoberto, nos anos calendário de 1999 a 2003, sugerindo uma ação fiscal a respeito. II. **De acordo com os arts. 168 e 169 da Lei 8.112/90, se a autoridade competente para aplicar a penalidade não concorda com as conclusões da Comissão processante, pode, motivadamente, afastar-se dela, agravar a**

pena, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade, sendo possível, ainda, determinar a constituição de outra Comissão, para instauração de novo processo administrativo. III. *In casu*, após o término da ação fiscal e colhido parecer sobre os fatos, a autoridade competente determinou a instauração de outra Comissão Disciplinar, com base em novos elementos que vieram aos autos, que concluiu pela existência de variação patrimonial a descoberto, nos anos de 2001, 2003 e 2005, e pela culpabilidade do servidor, com sua consequente demissão. IV. **Não há nulidade, pois, na constituição da segunda Comissão Disciplinar, que resultou na demissão do impetrante.** V. Segurança denegada. (MS 14.620/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministra ASSUETE MAGALHÃES, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/09/2013, DJe 27/06/2014)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DISCIPLINAR. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. DEMISSÃO. PRORROGAÇÃO IRREGULAR DE CONTRATO. SERVIÇOS GRÁFICOS. INEXISTÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PARECERISTA JURÍDICO. ALEGAÇÃO DE IMPEDIMENTO. INSUBSISTENTE. PENA RECOMENDADA PELA COMISSÃO. AGRAVAMENTO. ART. 168 DA LEI 8.112/90. POSSIBILIDADE. CONTRARIEDADE ÀS PROVAS. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO. NÃO REALIZAÇÃO. VIOLAÇÃO. PROPORCIONALIDADE. ART. 128 DA LEI 8.112/90. VIOLAÇÃO. PRESENÇA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. Mandado de segurança impetrado contra portaria na qual foi aplicada a penalidade de demissão ao servidor público o qual teria se valido do cargo em benefício de outrem (art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90) e cometido ato de improbidade administrativa (art. 132, IV, da Lei n. 8.112/90); o impetrante e um conjunto de outros servidores foi penalizado em razão ter havido prorrogações sem base legal para contrato de prestação de serviços de atividades gráficas, no qual se frisou não ter havido superfaturamento e nem qualquer prejuízo ao erário. [...] 6. É certo que a autoridade pode modificar a pena a ser aplicada ao servidor público federal com base na recomendação de parecer jurídico, o qual demonstre que o julgamento realizado pela comissão processante tenha contrariado o acervo probatório coletado, pela interpretação do art. 168 da Lei n. 8.112/90. 7. No caso, a modificação do enquadramento da pena foi realizado sem que estivesse demonstrada a conduta ímproba ou de valimento do cargo em cotejo ao acervo de provas dos autos, bem como às conclusões da comissão processante (violando o art. 168 da Lei n. 8.112/90), além de ter ignorado os agravantes e os atenuantes e, portanto, violando a proporcionalidade (art. 128 da Lei n. 8.112/90). Precedente: MS 12.955/DF, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, DJe 19.5.2015. Segurança concedida. Agravo regimental prejudicado. (MS 19.126/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/09/2015, DJe 16/09/2015)

In casu, do exame das provas pré-constituídas acostadas aos autos, observa-se que a par do Relatório Final elaborado pela 1ª Comissão Processante,

acostado às fls. 227/240-e, a Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça opinou pela **anulação parcial do PAD a partir do**

Despacho de Instrução e Indiciação, com a constituição de nova Comissão Processante, nos moldes do art. 169 da Lei 8.112/1990, com base nos seguintes fundamentos, *in verbis*:

“[...] 30. Nota-se que, no Despacho de Instrução e Indiciação, não houve adequada especificação dos fatos imputados ao indiciado com base nas provas dos autos, par fins de tipificação da infração disciplinar e correlato exercício do direito de defesa, conforme previsto no art. 161, *caput*, da Lei nº 8.112/90 [...]”

31. Com efeito, no ato de indicição, apontou-se que o acusado fazia ‘uso do uniforme completo da Polícia Rodoviária Federal, inclusive portanto a arma que lhe foi acautelada pelo DPRF, mesmo estando fora de horário de serviço, e ser flagrado conduzindo veículo particular sob influência de álcool’. Porém, **não relacionou tal conduta com o fim almejado pelo indiciado, quando há indícios de que se valia do cargo de policial rodoviário federal para alcançar proveito pessoal, estranho aos fins da instituição a qual se vincula.**

32. Cite-se, como sintoma dessa conduta, a justificativa apresentada pelo indiciado, segundo o qual utilizara-se do uniforme da Polícia Rodoviária Federal e demais apetrechos, mesmo em período de férias, para sustentar uma mentira perante a namorada, conforme trecho do seu depoimento a seguir transcrito, *verbis*:

.....
33. Outro indício de valimento do cargo emerge do próprio fato de estar no período de férias e com sintomas de embriaguez, utilizando o uniforme da Polícia Rodoviária Federal e outros apetrechos da instituição policial, o qual lhe conferiria suposta imunidade perante os agentes de fiscalização de trânsito.

34. Vê-se que os indícios acima expostos, como exemplo, **apontam, em tese, para a prática do ato ilícito funcional previsto no art. 117, IX (valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública) da Lei nº 8.112/90.**

35. Ainda, no ato de indicição, imputou-se ao indiciado o fato de ‘*estar embriagado, uniformizado e ainda conduzir de maneira perigosa o veículo particular motivando reclamação de usuário da rodovia à Central de Operação (CIOP) e posterior abordagem ao veículo que conduzia um Toyota/Corolla, prata, placas LRR 1132, no posto policial de Araucária/PR.*

36. Contudo, não descreveu adequadamente tal conduta, ao deixar de relacioná-la com as responsabilidades inerentes ao cargo de Policial Rodoviário Federal - entre as quais inclui-se a fiscalização do cumprimento das normas de trânsito nas rodovias federais, que vedam a embriaguez ao volante e a condução

perigosa de veículo automotor - bem como a missão constitucional da Polícia Rodoviária Federal consistente no patrulhamento ostensivo das rodovias federais, conforme previsto no art. 144, § 2º, da Constituição Federal.

37. Há, como exposto, indícios de que o indiciado adotou comportamento proibido em lei, em relação ao qual tem o dever funcional de fiscalizar e reprimir. Nota-se, portanto, que tal conduta constitui, em tese, ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública, entre eles da moralidade administrativa, especialmente por violar o dever de lealdade à instituição a que se vincula o indiciado, de forma a configurar a hipótese de infração à norma prevista no art. 132, inciso IV (improbidade administrativa) da Lei nº 8.112/90.

38. Por tais motivos, convém que a indicição seja refeita, nos moldes previstos no art. 161 caput, da Lei nº 8.112/90, tendo em vista a inadequada especificação dos fatos imputados ao indiciado com base nas provas dos autos, evitando-se, assim, o julgamento pelo fato mais gravoso, sem a prévia concessão de prazo para a manifestação da defesa.

39. Destarte, a inobservância da norma inscrita no art. 161, caput, da Lei nº 8.112/90, configura a ocorrência de vício insanável, apto a ensejar a nulidade parcial do presente processo administrativo disciplinar desde a indicição, bem como a constituição de outra comissão para a elaboração de novo despacho de instrução e indicição e demais atos, conforme previsto no art. 169, caput, da Lei nº 8.112/90.

III - CONCLUSÃO

40. *Ex positis*, opina-se, s.m.j, pelo **não acolhimento do Relatório Final elaborado pela Comissão de Processo Disciplinar nas folhas 154 usque 174vº dos autos, em face do vício insanável do ato de indicição, resultante da inobservância da norma inscrita no art. 161, caput, da Lei nº 8.112/90, para sugerir, nos moldes do art. 169, caput, da citada lei, a anulação parcial do presente processo administrativo disciplinar a partir do Despacho de Instrução e Indicição, de fls. 132 a 135, inclusive, e constituição de outra comissão processante para formulação de nova indicição e demais atos processuais subsequentes** (destaquei).

Em síntese, a Consultoria Jurídica opinou pela nulidade parcial da persecução disciplinar tendo em vista que **no Despacho de Indicição** não houve a adequada especificação dos fatos imputados ao impetrante com base nas provas dos autos, para fins de tipificação, conforme exige o **art. 161 da Lei 8.112/1990** (*“Tipificada a infração disciplinar, será formulada a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas”*), haja vista que a 1ª Comissão Processante deixou de relacionar a conduta ilícita com

o fim almejado pelo impetrante, mesmo quando haveria indícios e provas de que se valia do cargo público para lograr proveito pessoal, estranho aos fins da instituição, bem como deixou de observar que a conduta delitiva implicaria na inobservância dos deveres inerentes ao cargo público ocupado, apto a ensejar o reconhecimento da prática de ato de improbidade administrativa, o que foi acolhido pela autoridade coatora, nos termos do despacho de 28/12/2012, acostado às fls. 277/278-e.

Desse modo, **não se vislumbra qualquer nulidade no PAD por suposta inobservância do art. 168 da Lei 8.112/1990**, posto que o Relatório Final da 1ª Comissão Processante não restou acolhido pela autoridade julgadora por estar em desconformidade com as provas dos autos e a correta especificação dos fatos irregulares atribuídos ao impetrante, hipótese em que foi anulado parcialmente o PAD, a fim de que fosse feita nova indicição, com a correta especificação das condutas delitivas, consoante exige o art. 161 da Lei 8.112/1990, assegurando-se ao impetrante o mais completo exercício do direito de defesa.

Outrossim, nos termos do artigo 168 da Lei n. 8.112/90 a autoridade competente, quando do julgamento do PAD, pode aplicar sanção diversa daquela sugerida pela Comissão processante, agravando ou abrandando a penalidade, ou até mesmo isentar o servidor da responsabilidade, desde que apresente a devida fundamentação, o que ocorreu na espécie, posto que a anulação parcial do PAD deu-se de maneira fundamentada, por força da inobservância do regramento do art. 161 da Lei 8.112/1990, ainda mais considerando que a indicação de nova capitulação jurídica para os fatos apurados pela Comissão Processante não macula o procedimento adotado, tendo em vista que o indiciado se defende dos fatos a ele imputados, não da sua classificação legal.

Nesse condão, assim já decidiu o STJ, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. DESÍDIA. ART. 117, XV, DA LEI 8.112/1990. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE COMPORTAMENTO DESIDIOSO E DESPROPORCIONALIDADE DA PENA APLICADA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NECESSÁRIA DILAÇÃO PROBATÓRIA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA. [...] 3. É firme o entendimento jurisprudencial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o indicado se defende dos fatos imputados e não da sua capitulação jurídica, de forma que **a posterior modificação do enquadramento legal da conduta não tem o condão de ensejar a nulidade**

do processo administrativo disciplinar. Desta forma, **tendo o Termo de Indiciamento particularizado as condutas imputadas ao indiciado, a alteração posterior do seu enquadramento legal não enseja a nulidade do PAD.** Precedentes. [...] (MS 19.888/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/12/2014, DJe 10/04/2015)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MAGISTRADO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. PENA. APLICAÇÃO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO. 1. ***“O indiciado se defende dos fatos que lhe são imputados e não de sua classificação legal, de sorte que a posterior alteração da capitulação legal da conduta, não tem o condão de inquinar de nulidade o Processo Administrativo Disciplinar; a descrição dos fatos ocorridos, desde que feita de modo a viabilizar a defesa do acusado, afasta a alegação de ofensa ao princípio da ampla defesa”*** (MS 14.045/DF, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Terceira Seção, DJe 29/4/10). 2. Recurso ordinário improvido, ressaltando-se ao recorrente o direito de buscar as vias ordinárias. (RMS 41.562/PI, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 04/12/2013)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PAD. ANULAÇÃO DA PENA DE SUSPENSÃO, JÁ CUMPRIDA PELO SERVIDOR, E APLICAÇÃO DE PENA MAIS GRAVE, DE DEMISSÃO, POR ORIENTAÇÃO DA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. BIS IN IDEM E REFORMATIO IN PEJUS. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO JULGADO PROCEDENTE. EFEITOS FUNCIONAIS. RETROAÇÃO À DATA DA DEMISSÃO. EFEITOS FINANCEIROS. RETROAÇÃO LIMITADA À DATA DA IMPETRAÇÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. ***“A Autoridade coatora apontada, que impõe a pena de demissão, vincula-se aos fatos apurados e não à capitulação legal proposta pela Comissão Processante. Da mesma forma, o indiciado se defende dos fatos contra ele imputados, não importando a classificação legal inicial, mas sim a garantia da ampla defesa e do contraditório. Por isso, a modificação na tipificação das condutas pela Autoridade Administrativa não importa nem em nulidade do PAD, nem no cerceamento de defesa”*** (MS 13.364/DF, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Terceira Seção, DJe 26/5/08). [...] (MS 17.370/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/08/2013, DJe 10/09/2013)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. DEMISSÃO. PRESCRIÇÃO. PRELIMINAR NÃO CONFIGURADA. ALTERAÇÃO DO ENQUADRAMENTO PUNITIVO REJEITADA. PENA AMPARADA POR FUNDAMENTAÇÃO DA CONSULTORIA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE MALFERIMENTO DA

PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. [...] 4. Preliminar rejeitada. **O indiciado se defende dos fatos que lhe são imputados e não de sua classificação legal, de sorte que a posterior alteração da capitulação legal da conduta não tem o condão de inquirir de nulidade o processo.** Precedentes: (MS 14.045/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 29.4.2010; MS 10.128/DF, Rel. Min. Og Fernandes, Terceira Seção, DJe 22.2.2010; MS 12.386/DF, Rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção, DJ 24.9.2007, p. 244. [...] (MS 12.677/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/04/2012, DJe 20/04/2012)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. "OPERAÇÃO CARONTE". CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS FORMAIS. DESPROPORCIONALIDADE NÃO CONFIGURADA. SEGURANÇA DENEGADA. [...] 4. **A indicação de nova capitulação para os fatos apurados pela Comissão Processante não macula o procedimento adotado, tendo em vista que o indiciado se defende dos fatos a ele imputados, não da sua classificação legal.** Precedentes. 5. Consoante o disposto no art. 168 da Lei 8.112/90, **não está a autoridade julgadora vinculada às conclusões da comissão processante, podendo aplicar pena mais severa desde que mediante decisão fundamentação.** [...] (MS 15.905/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/10/2013, DJe 08/11/2013)

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. TÉCNICO DO SEGURO SOCIAL. DEMISSÃO. PENALIDADE CUJA APLICAÇÃO NÃO SE INSERE NA COMPETÊNCIA DELEGADA PELA PORTARIA MPS Nº 178/2006 AO DIRETOR DE RECURSOS HUMANOS DO INSS. ATRIBUIÇÃO DO MINISTRO DE ESTADO. ANULAÇÃO PARCIAL DO PROCESSO PARA ALTERAÇÃO DO ENQUADRAMENTO LEGAL DAS CONDUTAS. DESNECESSIDADE. FATOS DEVIDAMENTE PARTICULARIZADOS A PERMITIR O PLENO EXERCÍCIO DA DEFESA. IMPOSIÇÃO, PELA AUTORIDADE JULGADORA, DE SANÇÃO DIVERSA DAQUELA SUGERIDA PELA COMISSÃO PROCESSANTE. POSSIBILIDADE DESDE QUE APRESENTADA SUFICIENTE MOTIVAÇÃO. [...] 2. Na linha da pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, **o servidor indiciado se defende dos fatos que lhe são atribuídos e não de seu enquadramento legal.** No caso ora examinado, em que as condutas foram devidamente particularizadas e a defesa dos acusados foi exercida em plenitude, era realmente desnecessária a anulação do processo para alteração da tipificação legal dos fatos. Improcedente, portanto, a alegação de nulidade. 3. **A autoridade competente para aplicar a sanção administrativa pode divergir das conclusões da comissão disciplinar e impor penalidade diversa da sugerida, ainda que mais grave, desde que apoiada tal decisão em suficiente motivação, como verificado na presente hipótese.** 4. Segurança denegada. (MS 15.003/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/03/2012, DJe 11/04/2012)

III - DA ALEGADA NULIDADE DO ATO APONTADO COMO COATOR EM RAZÃO DA INOBSERVÂNCIA DO ART. 20 DA LEI 8.429/1992 E DA INCOMPETÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA APLICAR PENA DE DEMISSÃO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Sustenta ainda o impetrante a inobservância do disposto no art. 20 da Lei 8.429/1992, que condiciona a perda do cargo público à existência de decisão judicial transitada em julgado, bem como a incompetência da Administração Pública para punir servidor público por suposto ato de improbidade administrativa.

Também **não encontra amparo a tese invocada pelo impetrante**, na medida em que é firme o entendimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca da **competência da autoridade administrativa para impor pena de demissão a servidor público em razão da prática de ato de improbidade administrativa, independentemente de provimento jurisdicional**, porquanto a penalidade administrativa não se confunde com a pena de perda da função pública prevista no art. 12 da Lei 8.429/1992, esta sim aplicável exclusivamente pela autoridade judiciária.

Nesse condão:

Agravo regimental em recurso ordinário em mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. **Ausência de obrigatoriedade de decisão judicial em processo de improbidade administrativa para aplicação da sanção de demissão. Sanção aplicada de acordo com a apuração dos fatos no âmbito do processo administrativo disciplinar.** Impossibilidade de rediscussão de fatos e provas em sede de mandado de segurança. Agravo regimental não provido. 1. A jurisprudência da Suprema Corte é pacífica no sentido da independência entre as instâncias cível, penal e administrativa, não havendo que se falar em violação dos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal pela aplicação de sanção administrativa por descumprimento de dever funcional fixada em processo disciplinar legitimamente instaurado antes de finalizado o processo cível ou penal em que apurados os mesmos fatos. Precedentes. 2. A análise da proporcionalidade da sanção aplicada, mediante rediscussão de fatos e provas produzidas no PAD, é incompatível com a via do mandado de segurança. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido. (RMS 28919 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 16/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-029 DIVULG 11-02-2015 PUBLIC 12-02-2015)

MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAIS RODOVIÁRIOS FEDERAIS. DEMISSÃO DE SERVIDOR FEDERAL POR MINISTRO DE ESTADO. POSSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO

PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA DO ATO DE DEMISSÃO A MINISTRO DE ESTADO DIANTE DO TEOR DO ARTIGO 84, INCISO XXV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STF. PROVA LICITAMENTE OBTIDA POR MEIO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA REALIZADA COM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA INSTRUIR INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PODE SER UTILIZADA EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA EM RAZÃO DO INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVAS AVALIADAS COMO PRESCINDÍVEIS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. **PUNIÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO COM FUNDAMENTO NA PRÁTICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA INDEPENDE DE PROVIMENTO JUDICIAL QUE RECONHEÇA A CONDOTA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E ADMINISTRATIVA.** NEGO PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO. (RMS 24194, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 13/09/2011, DJe-193 DIVULG 06-10-2011 PUBLIC 07-10-2011 EMENT VOL-02603-01 PP-00001)

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ANALISTA TRIBUTÁRIO. IRREGULARIDADES NA CONDUÇÃO DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS FISCAIS. INOBSERVÂNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. IMPROCEDÊNCIA. POSSIBILIDADE DE O TERMO DE INDICIAMENTO INCORPORAR E TIPIFICAR INFRAÇÃO DISCIPLINAR NÃO CONSTANTE DA REPRESENTAÇÃO QUE ENSEJOU A INSTAURAÇÃO DO PAD. CONFIGURAÇÃO DOS ILÍCITOS FUNCIONAIS DE VALIMENTO DO CARGO E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DEMISSÃO APLICADA POR AUTORIDADE ADMINISTRATIVA LEGALMENTE COMPETENTE (MINISTRO DA FAZENDA). CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NÃO EVIDENCIADOS. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DENEGAÇÃO DA ORDEM. [...] 4. - **A imposição de demissão por improbidade administrativa pode ser aplicada por autoridade competente da própria administração, com fundamento nos arts. 132, IV, 141, I e 167 da Lei n. 8.112/1990, bem como nos arts. 14 e 15 da Lei n. 8.429/1992. Cuida-se, aqui, de hipótese que não se confunde com a perda da função pública prevista na Lei n. 8.429/92 (art. 12), penalidade, esta sim, aplicável exclusivamente pela autoridade judiciária.** [...] (MS 19.881/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/03/2015, DJe 01/07/2015)

MANDADO DE SEGURANÇA. EX-SERVIDOR. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 132, IV, DA LEI 8.112/90. PEDIDO DE REVISÃO. ARTS. 174 E SEQUINTE DA LEI 8.112/90. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PEDIDO DE REVISÃO FUNDAMENTADO NA ALEGAÇÃO DE FATO NOVO: REVOGAÇÃO TÁCITA DA LEI 8.112/90 PELA LEI 8.429/92. INOCORRÊNCIA. PAD POSTERIOR À LEI 8.429/92. INEXISTÊNCIA DE FATO NOVO. SEGURANÇA DENEGADA. [...] V. Na forma da jurisprudência do STJ,

“A chamada “Lei de Improbidade Administrativa”, Lei 8.429/92, não revogou, de forma tácita ou expressa, dispositivos da Lei 8.112/90, que trata do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais. Aquele diploma legal tão-somente buscou definir os desvios de conduta que configurariam atos de improbidade administrativa, cominando penas que, segundo seu art. 3º, podem ser aplicadas a agentes públicos ou não. Em consequência, nada impede que a Administração exerça seu poder disciplinar com fundamento em dispositivos do próprio Regime Jurídico dos Servidores, tal como se deu no caso vertente” (STJ, MS 12.262/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, DJU de 06/08/2007). Em igual sentido: STJ, MS 10.987/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 03/06/2008. [...] (MS 17.666/DF, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/12/2014, DJe 16/12/2014)

MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO PROCESSUAL CIVIL - LITISPENDÊNCIA - NÃO CONFIGURAÇÃO - DIREITO ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - DEMISSÃO - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO DEMONSTRADO - ANULAÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO PENAL - REFLEXOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO - PENALIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - DESNECESSIDADE DE AÇÃO JUDICIAL. [...] 6. **Não ofende a Lei 8.492/92 a aplicação da pena de demissão por ato de improbidade administrativa examinado em processo administrativo disciplinar. Precedentes.** [...] (MS 16.133/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/09/2013, DJe 02/10/2013)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. FISCALIZAÇÃO DE OBRAS. OMISSÃO NO DEVER FUNCIONAL. PREJUÍZO AO ERÁRIO. MINISTRO DE ESTADO DO CONTROLE E TRANSPARÊNCIA. AVOCÇÃO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO LEGAL. MODIFICAÇÃO DO JULGAMENTO PELA AUTORIDADE. POSSIBILIDADE. IMPROBIDADE. POSSÍVEL APLICAÇÃO NOS FEITOS DISCIPLINARES. DEVIDO PROCESSO LEGAL. OBSERVADO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. [...] 4. **A improbidade administrativa pode ser evocada pela Administração Pública federal como fundamento para aplicar a pena de demissão, não se exigindo que o Poder Judiciário se pronuncie previamente sobre a sua caracterização.** Precedentes: MS 14.140/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe 8.11.2012; REsp 981.542/PE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 9.12.2008. [...] (MS 15.826/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 31/05/2013)

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. DEMISSÃO. AUMENTO PATRIMONIAL DESPROPORCIONAL À RENDA DO CARGO. AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL. CASO DO PROPINODUTO. ABERTURA DE CONTA E MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA EM BANCO NA SUÍÇA. PROCESSO

ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA OBSERVADOS. [...] 5. **A demissão não foi aplicada em sede de ação judicial de improbidade administrativa, mas, sim, como demonstrado nos autos, em virtude do cometimento de ilícito administrativo por servidor público, cuja penalidade prevista na lei, a ser aplicada após apuração mediante processo administrativo disciplinar, é a demissão, prescindindo de confirmação do Poder Judiciário para produzir efeitos, por se tratar de exercício do poder disciplinar da Administração Pública.** 6. É assente no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a infração disciplinar que configura ato de improbidade acarreta demissão independentemente de ação judicial prévia, consequência direta da independência das esferas administrativa, civil e penal. [...] (MS 12.583/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2013, DJe 18/11/2013)

Outrossim, esta 1ª Seção no julgamento do MS 19.488/DF, da minha relatoria, julg. em 25/03/2015, DJe 31/03/2015, decidiu que “**não há ilegalidade no cumprimento imediato da penalidade imposta a servidor público logo após o julgamento do PAD e antes do decurso do prazo para o recurso administrativo, tendo em vista o atributo de auto-executoriedade que rege os atos administrativos e que o recurso administrativo, em regra, carece de efeito suspensivo** (ex vi do art. 109 da Lei 8.112/1990). Precedentes: MS 14.450/DF, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Terceira Seção, julgado em 26/11/2014, DJe 19/12/2014; MS 14.425/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Terceira Seção, julgado em 24/09/2014, DJe 01/10/2014; MS 10.759/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, julgado em 10/05/2006, DJ 22/05/2006” (destaquei).

Desse modo, mais uma vez, não prosperam as alegações do impetrante.

IV - DA ALEGADA NULIDADE DO ATO APONTADO COMO COATOR EM RAZÃO DA INEXISTÊNCIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO

Sustenta também o impetrante a nulidade do ato apontado como coator em razão da inexistência de sentença penal condenatória transitada em julgado e relativa aos mesmos fatos.

Mais uma vez **não lhe assiste razão**, na medida em que, por força do Princípio da Incomunicabilidade das Instâncias, esta Corte Superior já decidiu que **a imposição de sanção disciplinar pela Administração Pública, quando comprovado que o servidor praticou ilícito administrativo, prescinde de anterior julgamento na esfera criminal.**

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. AGENTE ADMINISTRATIVO DO DEPARTAMENTO DA POLÍCIA FEDERAL. PENA DE DEMISSÃO. ARTS. 117, IX E XVI E 132, IV E XI, DA LEI 8.112/1990. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INTIMAÇÃO DO TEOR DO RELATÓRIO FINAL DA COMISSÃO PROCESSANTE. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PRECEDENTES. SOBRESTAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO ENQUANTO PENDENTE AÇÃO PENAL EM CURSO. DESNECESSIDADE. INDEPENDÊNCIA DE INSTÂNCIAS. PRECEDENTES. SEGURANÇA DENEGADA. 1. Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado contra ato do Ministro de Estado da Justiça que implicou na demissão do impetrante do cargo de Agente Administrativo do Quadro de Pessoal do Departamento da Polícia Federal pela prática de infração disciplinar prevista nos arts. 117, IX e XVI e 132, IX e XI, da Lei 8.112/1990. 2. Sustenta o impetrante a nulidade do ato coator frente à ausência de intimação acerca do relatório final do PAD, a violar o seu direito ao contraditório e a ampla defesa, bem como frente à necessidade de sobrestamento do PAD até o trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória, em prestígio do princípio da presunção de inocência. [...] 4. Da mesma forma, o STJ perfilha entendimento no sentido de que **“considerada a independência entre as esferas criminal e administrativa, é desnecessário o sobrestamento do procedimento administrativo disciplinar até o trânsito em julgado da ação penal.**

Assim, a imposição de sanção disciplinar pela Administração Pública, quando comprovado que o servidor praticou ilícito administrativo, prescinde de anterior julgamento na esfera criminal” (AgRg no RMS 33.949/PE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 06/08/2013, DJe 16/08/2013). 5. Segurança denegada. (MS 20.685/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/02/2015, DJe 24/02/2015)

ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. 1. PENA DE DEMISSÃO. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL. ATO QUE, A UM TEMPO, CONSTITUI CRIME E FALTA DISCIPLINAR. **O ato do servidor, enquanto descrito na legislação disciplinar como falta funcional, está na alçada da jurisdição administrativa, que não está vinculada à iniciativa da ação penal nem está, se esta tiver ocorrido, subordinada a aguardar a sentença criminal condenatória. As instâncias penal e administrativa são independentes, só prevalecendo aquela nas hipóteses legalmente previstas** - de que aqui não se trata. A pena aplicada na instância administrativa com base no art. 316, § 2º, do Código Penal não se sustenta, porque só a jurisdição penal pode identificar o crime e puni-lo. Subsiste, no entanto, a pena aplicada com base no tipo disciplinar previsto na lei que prevê os direitos e obrigações dos servidores públicos. [...] (RMS 39.558/AL, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 11/06/2014)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO PENAL. PRECEDENTES. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. PRESCINDIBILIDADE DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. PARTICIPAÇÃO DE REPRESENTANTES DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM CONSELHO DISCIPLINAR DA POLÍCIA. POSSIBILIDADE. 1. **A sanção administrativa é aplicada para salvaguardar os interesses exclusivamente funcionais da Administração Pública, enquanto a sanção criminal destina-se à proteção da coletividade.** Consoante entendimento desta Corte, **a independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, consagrada na doutrina e na jurisprudência, permite à Administração impor punição disciplinar ao servidor faltoso a revelia de anterior julgamento no âmbito criminal, ou em sede de ação civil, mesmo que a conduta imputada configure crime in tunc. Ademais, a sentença penal somente produz efeitos na esfera administrativa, caso o provimento reconheça a não ocorrência do fato ou a negativa da autoria. [...]** (RMS 32.375/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/05/2011, DJe 31/05/2011)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. POLICIAL RODOVIÁRIO. DEMISSÃO. USO DE PROVA EMPRESTADA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. LEGALIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA. SENTENÇA CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO. [...] 3. **Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que as esferas penal e administrativa são independentes, sendo, portanto, improcedente a alegação do impetrante de que a Administração Pública é incompetente para aplicar sanção antes do trânsito em julgado da ação ajuizada pelo Ministério Público na via judicial penal.** Precedentes: MS 9.318/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJ 18/12/2006, MS 7024/DF, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Terceira Seção, DJ 04/06/2001, REPDJ 11/06/2001. [...] (MS 15.207/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/09/2010, DJe 14/09/2010)

MANDADO DE SEGURANÇA. APOSENTADORIA CASSADA POR DECISÃO PROFERIDA EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. **AÇÃO PENAL PROPOSTA PELOS MESMOS FATOS. PRETENSÃO DE SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL.** 1 - A inicial não aponta a existência de nenhuma ilegalidade nos processos administrativos disciplinares, limitando-se a argumentar ser necessária a suspensão do feito na esfera administrativa, até a conclusão final do processo criminal, pela identidade do objeto, eis que versam sobre os mesmos fatos. 2 - Não obstante, de acordo com a compreensão consagrada na doutrina e na jurisprudência, as instâncias penal e administrativa são independentes. Assim

sendo, **a imposição de sanção disciplinar pela Administração Pública, quando comprovado que o servidor praticou ilícito administrativo, prescinde de anterior julgamento na esfera criminal.** 3 - Segurança denegada. (MS 12.312/DF, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), **TERCEIRA SEÇÃO**, julgado em 22/09/2010, DJe 14/10/2010)

ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA - APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO PENAL - PRECEDENTES - INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL PRESCINDIBILIDADE DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA - RECURSO DESPROVIDO. [...] II - A sanção administrativa é aplicada para salvaguardar os interesses exclusivamente funcionais da Administração Pública, enquanto a sanção criminal destina-se à proteção da coletividade. Consoante entendimento desta Corte, **a independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, consagrada na doutrina e na jurisprudência, permite à Administração impor punição disciplinar ao servidor faltoso à revelia de anterior julgamento no âmbito criminal, ou em sede de ação civil, mesmo que a conduta imputada configure crime em tese. Ademais, a sentença penal somente produz efeitos na seara administrativa, caso o provimento reconheça a não ocorrência do fato ou a negativa da autoria.** III - Recurso conhecido e desprovido. (RMS 18.688/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, **QUINTA TURMA**, julgado em 07/12/2004, DJ 09/02/2005, p. 206)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DE REEXAME. DEMISSÃO DE SERVIDOR. IRREGULARIDADES NA SINDICÂNCIA. SUPERVENIÊNCIA DE PROCESSO DISCIPLINAR. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. [...] 3. ***“Doutrina e jurisprudência são unânimes quanto à independência das esferas penal e administrativa; a punição disciplinar não depende de processo civil ou criminal a que se sujeite o servidor pela mesma falta, nem obriga a Administração Pública a aguardar o desfecho dos mesmos.”*** (MS 7.138/DF, Relator Ministro Edson Vidigal, in DJ 19/3/2001). 4. Recurso improvido. (RMS 12.827/MG, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, **SEXTA TURMA**, julgado em 25/11/2003, DJ 02/02/2004, p. 362)

V - DA ALEGADA NULIDADE DO ATO APONTADO COMO COATOR EM RAZÃO DA DESPROPORCIONALIDADE DA PENALIDADE APLICADA

Por último, sustenta o impetrante a desproporcionalidade da pena demissória.

Aqui entendo que assiste razão ao impetrante.

In casu, foi atribuída ao impetrante a infração funcional prevista no **art. 116, II e III, e 117, IX, da Lei 8.112/1990**, por ter sido flagrado, no dia 16/12/2010, na BR 476, Km 157, no município de Araucária/PR, dirigindo de forma perigosa veículo automotor Toyota Corolla de placa LRR-1132/PR, em visível estado de embriaguez (sonolência e falar arrastado), usando uniforme completo da Polícia Rodoviária Federal e portando armamento que lhe fora cautelado em função do cargo público, mesmo estando no gozo de férias regulares no período de 1º a 30/12/2010 e descoberto de qualquer Ordem de Serviço ou situação emergencial que justificasse tal agir, em desrespeito às atribuições do cargo público ora desempenhado, o descumprindo normas de trânsito e desrespeito à missão institucional e à imagem do Departamento de Polícia Rodoviária Federal/MJ, **utilizando-se indevidamente do cargo público para fins diversos daqueles especificados em lei**, conforme consta do relatório final do PAD acostado às fls. 346/381-e.

Em que se pese tratar de uma conduta deveras reprovável, especialmente por se referir

a um Policial Rodoviário Federal, o qual deve dar o exemplo aos demais condutores, **certo é que mesmo assim tal conduta, de forma isolada e sem outras agravantes, não se mostra apta, por si só, para justificar a pena de demissão e a ser enquadrada no tipo legal dos arts. 132, IV e do art. 117, IX, da Lei 8.112/1990**, ainda mais quando **não se vislumbra o uso do cargo público para beneficiar-se indevidamente a si ou a outrem**, mas apenas uma **conduta incompatível com a moralidade administrativa e a inobservância de normas regulamentares da Polícia Rodoviária Federal**, condutas estas **insuficientes a ensejar a pena capital**, ainda mais quando a referida conduta sequer teve o condão de gerar qualquer prejuízo à imagem da Polícia Rodoviária Federal e ou vantagens ao impetrante ou se enquadrar como ato de improbidade administrativa, sendo praticadas, em verdade, para dar ares de verdade a uma mentira do impetrante para sua namorada, sendo que em nenhum momento restou evidenciado que o impetrante fez uso do uniforme completo da Polícia Rodoviária Federal para furtar-se a eventual fiscalização de trânsito.

Outrossim, conforme bem destacou a Corregedoria-Geral da Polícia Rodoviária Federal, na Informação DICOR/CG n° 107/2014 (e-STJ, fls. 397/403-e), ***“apoiar que houve valimento do cargo ou improbidade administrativa é desproporcional e sequer atende aos tipos previstos no artigo 117, inciso IX, e artigo 132, inciso IV, ambos da Lei 8.112/90. O uso do uniforme institucional foi***

utilizado para dar ares de verdade a uma mentira do acusado para sua namorada, não ferindo a dignidade da função pública e não se enquadrando em improbidade administrativa, que nada mais é do que uma forma qualificada de afronta ao princípio da moralidade. A farsa restringiu-se ao âmbito da vida privada do servidor. A mentira, por si só, não possuía o condão de denegrir a imagem da instituição ou de trazer prejuízos à Administração. Também não há nos autos indícios de que o acusado tenha se uniformizado com o intuito de não ser fiscalizado. Pelas declarações das testemunhas, o acusado colaborou com a fiscalização e não solicitou vantagens por ser policial. O uso do uniforme possuía outro intento e, para caracterizar as infrações demissionárias, seria necessário o ânimo subjetivo de valer-se do cargo”

Desse modo, a autoridade coatora equivocou-se ao enquadrar o ilícito funcional na hipótese dos arts. 116, II e III, e 117, IX, da Lei 8.112/1990, impondo-se, nesse ponto, o acolhimento da pretensão autoral e a concessão parcial da segurança, de modo a anular a portaria demissória, com a consequente reintegração, em definitivo, do impetrante ao cargo público anteriormente ocupado, ressalvado o direito da Administração Pública de proceder a reenquadramento diverso e a aplicar outra penalidade, pelos ilícitos já apurados.

Nesse condão, trago a baila o bem fundamentado parecer do Ministério Público Federal, da lavra da SubProcuradora-Geral da República, Dra. Darcy Santana Vitobello, o qual peço a licença para transcrever:

“[...] 3.2. Do reenquadramento da conduta.

A Comissão Processante, com base nas provas coligidas no processo administrativo, concluiu que houve infração dos deveres funcionais constantes no art. 116, II, III e IX, da Lei nº 8.112/90, recomendando a aplicação da pena de suspensão por 45 dias, posicionamento seguido pela Corregedoria Regional e Corregedoria-Geral da Polícia Rodoviária Federal.

No entanto, a Consultoria Jurídica junto ao Ministério de Justiça entendeu configuradas infrações aos deveres estabelecidos no art. 116, II e III, e proibições do art. 117, IX, e 132, IV, da Lei nº 8.112/90, e opinou pela aplicação da pena de demissão, imposta pelo Ministro de Estado da Justiça por meio da Portaria nº 2.139/2014.

Dispõe o art. 168 da Lei nº 8.112/90 que a autoridade julgadora acatará o relatório da Comissão, salvo quando contrário às provas dos autos, podendo, de forma fundamentada, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade – *caput* e parágrafo único.

É possível, portanto, que a conclusão da Comissão Processante não seja acolhida, e a autoridade julgadora proceda ao reenquadramento da conduta,

agravando, atenuando ou até mesmo deixando de aplicar a penalidade sugerida, desde que o ato seja fundamentado.

.....

O Ministro da Justiça, divergindo da conclusão da Comissão Processante, acolheu o parecer da Consultoria Jurídica que, com base nas provas dos autos, concluiu que os atos praticados configuram utilização do cargo em benefício pessoal e prática de ato de improbidade administrativa, condutas previstas, respectivamente, nos arts. 117, IX, e 132, IV, da Lei nº 8.112/90. Confira-se:

.....

A Comissão Processante apurou que **o impetrante, Policial Rodoviário Federal, em gozo de férias, estava dirigindo embriagado, uniformizado e portando todos os equipamentos individuais necessários ao exercício da função, o que não configura, por si só, a utilização do cargo em benefício próprio.**

Com efeito, **para se configurar a infração de se valer do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, nos termos do art. 117, IX, da Lei nº 8.112/90, são indispensáveis o dolo, a vantagem oriunda de um comportamento ilegal e o nexo de causalidade entre a ilicitude do proveito obtido e o exercício funcional do servidor público, estes últimos não reconhecidos pela Comissão Processante.**

Não há relação de causalidade entre a conduta apurada e o exercício do cargo de Policial Rodoviário Federal, tendo em vista que o uniforme e os acessórios da corporação foram utilizados fora do serviço, no período de férias do servidor.

O impetrante não se beneficiou ilicitamente do cargo de Policial Rodoviário Federal, uma vez que houve a apreensão do veículo e da pistola que portava e foram lavrados Boletim de Ocorrência e Auto de Infração e Termo de Constatação de Embriaguez – fls. 59/66.

A Lei nº 8.429/92 estabelece os limites jurídicos do conceito de improbidade administrativa, prevendo como conduta ímproba os atos que importam enriquecimento ilícito, causam prejuízo ao erário e atentam contra os princípios da administração pública.

São atos de improbidade administrativa os que impliquem enriquecimento ilícito pelo recebimento de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade; causem lesão ao erário mediante qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação ou malbaratamento de bens ou haveres; e atentem contra os princípios da administração por meio de qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições – respectivamente, arts. 9º, 10 e 11.

A conduta do impetrante, em gozo de férias, de usar o uniforme funcional e os equipamentos individuais respectivos enquanto dirigia embriagado, não importa em enriquecimento ilícito ou lesão ao erário, não se enquadrando nas previsões dos arts. 9º e 10 da Lei de Improbidade Administrativa.

No tocante aos atos que atentam contra os princípios da administração pública, o art. 11 do referido diploma legal, prevê, em rol exemplificativo, as seguintes condutas: praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência; retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo; negar publicidade aos atos oficiais; frustrar a licitude de concurso público; deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo; relevar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço; e descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas.

A configuração dos atos de improbidade elencados no referido dispositivo legal exige a presença de elemento subjetivo, consistente no dolo genérico, no qual a vontade do agente é dirigida à realização da conduta prevista em lei.

Nesse sentido é o entendimento assente nessa Corte Superior, segundo o qual *'não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Assim, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92 é indispensável, para a caracterização de improbidade, que o agente tenha agido dolosamente e, ao menos, culposamente, nas hipóteses do artigo 10'* (REsp 1457238/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 28/09/2015).

As infrações perpetradas pelo impetrante, embora contrárias aos deveres funcionais inerentes ao cargo de Policial Rodoviário Federal, não se amoldam ao conceito de ato de improbidade administrativa constante do art. 11 da Lei nº 8.429/92, que prevê a violação qualificada dos princípios da administração pública, na forma das condutas nele arroladas.

Não se verifica, portanto, a prática de ato ímprobo, porque não foram comprovados, no processo disciplinar, a ocorrência de enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou violação de princípios da Administração Pública.

Dessa forma, **a conduta em exame configura somente afronta aos deveres funcionais do servidor público, uma vez que houve desrespeito à obrigação de ser leal à instituição em que serve e respeitar as normas legais e regulamentares, nos termos do art. 116, II e III, da Lei nº 8.112/90, padrão de comportamento não observado pelo impetrante, que fez uso do uniforme e dos instrumentos de trabalho fora do exercício da função e após ingerir bebida alcoólica.**

3.3. Da pena de demissão

Do exame dos deveres, das proibições e das penas estabelecidos na Lei 8.112/90, verifica-se que, embora não haja uma rígida correspondência entre as condutas previstas e as sanções cominadas, há uma gradação entre elas, como deixa claro o art. 128 do referido Estatuto ao impôr, na aplicação das penalidades, o exame da natureza e gravidade da infração cometida, dos danos ao serviço público, das circunstâncias agravantes ou atenuantes e dos antecedentes funcionais.

No caso, a conduta do impetrante não possui a mesma natureza nem revela a gravidade inerente aos casos previstos no art. 132 de mencionada lei, o qual elenca atitudes que não devem ser toleradas no âmbito do serviço público, tais como crimes contra a administração pública, abandono de cargo, improbidade administrativa, insubordinação grave, ofensa física em serviço, lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional e corrupção.

Por outro lado o servidor não auferiu nenhuma vantagem ilícita em virtude do cargo, não causou dano ao erário e sequer estava em serviço quando foi encontrado dirigindo sob o efeito de álcool e usando o uniforme da corporação.

Não se verifica também a existência de circunstâncias agravantes que extrapolem o âmbito dos deveres infringidos, consistentes em ser leal às instituições a que serve e observar as normas legais e regulamentares.

Saliente-se, ainda, que não possui antecedentes funcionais – fls. 247.

Assim, **a demissão, pena a ser imputada às infrações previstas no art. 132 da Lei 8.112/90, não se aplica nos casos de afronta aos deveres funcionais do servidor arrolados no art. 116, restringindo-se somente às violações de maior gravidade e que demonstrem um padrão de conduta incompatível com o exercício do cargo.**

.....
Concluo, pois, pela **ilegalidade da Portaria nº 2.139/2014, que imputou a penalidade de demissão ao impetrante.**

Ante o exposto, opino pela concessão da ordem” (e-STJ, fls. 603/617) (destaquei).

VI - DISPOSITIVO

Ante o exposto, **CONCEDO PARCIALMENTE A SEGURANÇA**, confirmando a liminar anteriormente deferida, a fim de **anular a Portaria 2.139, de 16 de dezembro de 2014, do Exmo. Senhor Ministro de Estado da Justiça**, nos termos da fundamentação, determinando-se, conseqüentemente,

reintegração definitiva do impetrante ao cargo público anteriormente ocupado, **com efeitos financeiros desde a impetração**, na forma das Súmulas 269 e 271/STF e do art. 14, § 4º, da Lei 12.016/2009, ressalvado o direito da Administração Pública de proceder a reenquadramento diverso e a aplicar outra penalidade, pelos ilícitos já apurados.

Sem honorários advocatícios, na forma do art. 25 da Lei 12.016/09 e da Súmula 105/STJ.

Oficie-se a autoridade coatora, **com urgência**, na forma do art. 13 da Lei 12.016/2009.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Og Fernandes: No caso em exame, a questão já se encontra bem delimitada no voto do eminente Relator, Ministro Mauro Campbell Marques, pelo que desnecessário repisar o relato dos fatos em apreciação neste *writ*, conforme consta da petição inicial.

O motivo suficiente para que a autoridade apontada como coatora, divergindo da conclusão da Comissão Administrativa Processante, aplicasse a pena de demissão se deveu ao fato de incluir a conduta do impetrante, em especial, no disposto pelo art. 132, inc. IV e XIII, da Lei n. 8.112/90.

O fundamento exposto pelo Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado da Justiça é o seguinte (e-STJ, fls. 431/432):

Conforme a fundamentação aduzida no Parecer em análise, restara devidamente comprovado, pelos elementos colhidos na instrução do processo, que o PRF FÁBIO fora flagrado conduzindo embriagado o veículo Toyota/Corolla de placas LRR-1132, arremessando latas de cerveja ao longo de seu trajeto na rodovia federal, ocasião em que trajava uniforme de policial rodoviário federal e portava a arma acautelada pertencente ao DPRF.

Com efeito, diante de tão graves fatos, não há como acatar a conclusão do Relatório que afasta as ilicitudes de valimento do cargo e improbidade administrativa, restando desproporcional, em desfavor da Administração, a simples conclusão de que se tratara de meras violações de deveres funcionais puníveis com a penalidade de suspensão.

De sua parte, naquilo que interessa (enquadramento da conduta do impetrante para aplicação da pena demissória), a Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça assim consignou (e-STJ, fls. 424/425):

[...] 40. Extraí-se das provas produzidas nos autos que o indiciado, PRF FABIO RODRIGO RIBEIRO DE ALMEIDA, encontrando-se em férias no período de 1º a 20 de dezembro de 2010 e, segundo alegara, por não desejar passar todo o período de lazer com sua namorada, deslocou-se para Curitiba onde permanecera, sob a falsa alegação de ter sido convocado para trabalhar até o dia 15/12, combinando com a namorada que se encontrariam no dia 16/12 naquela cidade.

41. No dia 15/12 à noite, segundo informou, participou de um churrasco com seus amigos, ficando “até próximo da 01h00 da manhã, tomando cerveja com o pessoal convidado para o evento”, apesar de “fazer uso do medicamento Dormonid (maleato de midazolam 15 mg), o qual é de tarja preta”, e do qual já fazia uso “há alguns anos para auxiliar a dormir melhor”.

42. No dia 16/12, por volta das 16:00, o DPRF recebeu a denúncia de que o condutor do veículo Toyota/Corolla de placas LRR-1132 dirigia embriagado, arremessando latas de cerveja para fora do veículo. Às 16:15 outro usuário dirigiu-se ao Posto da PRF para informar que o condutor do citado veículo teria parado no km 167. Às 16:20 o veículo fora abordado, em frente ao Posto F7/195, pelo PRF Wilson de Oliveira Rodella que constatara que o motorista era um policial rodoviário federal devidamente uniformizado e portando os equipamentos individuais (cinto, coldre, algema, pistola e carregador sobressalente) e estava alcoolizado.

43. A simples narrativa do fato já dá a dimensão da gravidade da situação ocorrida, que pode ser assim dimensionada: um policial rodoviário federal, em cujas atribuições se incluem as de exigir o cumprimento do Código de Trânsito Nacional, coibir a direção de veículos por usuário alcoolizado garantir a segurança das rodovias e zelar pelo patrimônio público, encontrava-se ele próprio em total desconformidade com as normas que regem sua atuação policial.

44. A própria Comissão Processante reconhece que “o indiciado estava dirigindo sob a influência de ingestão de bebida alcoólica”. E que no autor de infração nº E 212958313 constara no campo observação que a situação apresentada pelo condutor, no caso o servidor indiciado era: “condutor com visíveis sintomas de embriaguez, recusou-se a realizar o teste de alcoolemia (etilômetro)”.

45. Não obstante, contraditoriamente, alegou não encontrar fundamentos para enquadrar o indiciamento nas infrações de valimento do cargo e improbidade administrativa. [...]

Pois bem.

Do que se deduz da fundamentação externada pelo ato inquinado de coator, verifica-se que a conduta praticada (dirigir sob o efeito de álcool, utilizando uniforme da PRF) foi enquadrada como improbidade administrativa (para efeito da incidência do art. 132, inc. IV, da Lei n. 8.112/90) e valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade

da função pública (art. 117, inc. IX, c/c o art. 132, inc. XIII, todos da Lei n. 8.112/90).

No que se refere ao enquadramento da conduta acima narrada como improbidade administrativa, valho-me de trechos do voto do eminente Relator, a fim de afastar tal imputação, no que o fez citando o parecer ministerial:

Com efeito, para se configurar a infração de se valer do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, nos termos do art. 117, IX, da Lei nº

8.112/90, são indispensáveis o dolo, a vantagem oriunda de um comportamento ilegal e o nexó de causalidade entre a ilicitude do proveito obtido e o exercício funcional do servidor público, estes últimos não reconhecidos pela Comissão Processante.

Não há relação de causalidade entre a conduta apurada e o exercício do cargo de Policial Rodoviário Federal, tendo em vista que o uniforme e os acessórios da corporação foram utilizados fora do serviço, no período de férias do servidor.

O impetrante não se beneficiou ilicitamente do cargo de Policial Rodoviário Federal, uma vez que houve a apreensão do veículo e da pistola que portava e foram lavrados Boletim de Ocorrência e Auto de Infração e Termo de Constatação de Embriaguez – fls. 59/66.

A Lei nº 8.429/92 estabelece os limites jurídicos do conceito de improbidade administrativa, prevendo como conduta ímproba os atos que importam enriquecimento ilícito, causam prejuízo ao erário e atentam contra os princípios da administração pública.

São atos de improbidade administrativa os que impliquem enriquecimento ilícito pelo recebimento de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade; causem lesão ao erário mediante qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação ou malbaratamento de bens ou haveres; e atentem contra os princípios da administração por meio de qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições – respectivamente, arts. 9º, 10 e 11.

A conduta do impetrante, em gozo de férias, de usar o uniforme funcional e os equipamentos individuais respectivos enquanto dirigia embriagado, não importa em enriquecimento ilícito ou lesão ao erário, não se enquadrando nas previsões dos arts. 9º e 10 da Lei de Improbidade Administrativa.

No tocante aos atos que atentam contra os princípios da administração pública, o art. 11 do referido diploma legal, prevê, em rol exemplificativo, as seguintes condutas: praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência; retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; revelar fato ou circunstância de que tem ciência

em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo; negar publicidade aos atos oficiais; frustrar a licitude de concurso público; deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo; relevar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço; e descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas. A configuração dos atos de improbidade elencados no referido dispositivo legal exige a presença de elemento subjetivo, consistente no dolo genérico, no qual a vontade do agente é dirigida à realização da conduta prevista em lei.

Nesse sentido é o entendimento assente nessa Corte Superior, segundo o qual *não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Assim, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92 é indispensável, para a caracterização de improbidade, que o agente tenha agido dolosamente e, ao menos, culposamente, nas hipóteses do artigo 10* (REsp 1.457.238/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 28/09/2015).

As infrações perpetradas pelo impetrante, embora contrárias aos deveres funcionais inerentes ao cargo de Policial Rodoviário Federal, não se amoldam ao conceito de ato de improbidade administrativa constante do art. 11 da Lei nº 8.429/92, que prevê a violação qualificada dos princípios da administração pública, na forma das condutas nele arroladas.

Não se verifica, portanto, a prática de ato ímprobo, porque não foram comprovados, no processo disciplinar, a ocorrência de enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou violação de princípios da Administração Pública.

Os excertos transcritos acima associados com o entendimento desta Corte Superior, especialmente no que concerne aos contornos do art. 11 da Lei n. 8.429/92, demonstram que o caso não pode adequar-se à figura da improbidade administrativa. Frise-se que, em nenhum momento, o impetrante (além do mero fato de portar o uniforme da corporação) invocou o desempenho do seu cargo para se subtrair da fiscalização efetivada.

No que se refere à imputação de, supostamente, valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, de igual sorte e pelos fundamentos já declinados acima, não merece qualquer acatamento.

Por oportuno, é mister deixar claro que sua visualização como policial rodoviário federal somente foi possível quando feita a abordagem. Assim, nem se pode afirmar que os particulares que teriam percebido o veículo sendo

dirigido de forma indevida identificaram o suposto transgressor como servidor público federal, até mesmo porque o veículo conduzido não era da repartição.

Não se olvida, aqui, a gravidade da conduta do impetrante. Mas, imperioso anotar que, quanto à pena demissória, a Lei n. 8.112/90 traçou contornos definidos, descabendo à autoridade administrativa, a pretexto de punir condutas ilícitas, desbordar desses limites.

Digno de nota que, em todos os dispositivos contidos no mencionado art. 132 da Lei n. 8.112/90, sempre e sempre perpassa a ideia de malferimento do interesse público, o que não se pode concluir tenha ocorrido no caso em exame, como já ressaltado acima.

Mais do que isso: a pena sugerida pela Comissão Processante – suspensão por 45 (quarenta e cinco) dias – revelou-se inteiramente proporcional ao ato cometido pelo impetrante, porque: a) não se cuida de fato enquadrado no art. 132 da Lei n. 8.112/90, como visto acima; b) não se tem notícia nos autos de que dita conduta seja costumeira do impetrante, pelo que se pode intuir ter-se tratado de fato isolado – nada obstante lamentável – na sua carreira; c) a fundamentação deduzida na decisão contrastada por via desta ação mandamental se lastreia muito mais em inferências do que no contexto em que ocorrida a conduta; d) a fundamentação da Comissão Processante, como ressaltado no voto do Relator, demonstrou coerência ao perfazer a correlação devida de cada fato à tipificação contida na norma de regência.

Ante o exposto, concedo em parte a segurança requestada, nos estritos termos do voto do eminente Relator.

É como voto.



Súmula n. 652

SÚMULA N. 652

A responsabilidade civil da Administração Pública por danos ao meio ambiente, decorrente de sua omissão no dever de fiscalização, é de caráter solidário, mas de execução subsidiária.

Referências:

CF/1988, arts. 23, VI e VII, 170, VI, e 225.

Lei n. 6.938/1981, arts. 2º, I e V, 3º, IV, 6º, e 14, § 1º.

Lei n. 9.605/1998, arts. 70, §§ 1º e 3º, e 72.

Precedentes:

AgRg no REsp 1.001.780-PR (1ª T, 27.09.2011 – DJe 04.10.2011)

AgInt no REsp 1.205.174-PR (1ª T, 28.09.2020 – DJe 1º.10.2020)

**REsp 1.071.741-SP (2ª T, 24.03.2009 – DJe 16.12.2010) –
acórdão publicado na íntegra**

AgRg no REsp 1.497.096-RJ (2ª T, 15.12.2015 – DJe 18.12.2015)

REsp 1.666.027-SP (2ª T, 19.10.2017 – DJe 1º.02.2018)

AgInt no REsp 1.326.903-DF (2ª T, 24.04.2018 – DJe 30.04.2018)

REsp 1.715.151-SC (2ª T, 20.02.2018 – DJe 14.11.2018)

AgInt no REsp 1.362.234-MS (2ª T, 05.11.2019 – DJe 11.11.2019)

Primeira Seção, em 2.12.2021

DJe 7.12.2021

RECURSO ESPECIAL N. 1.071.741-SP (2008/0146043-5)

Relator: Ministro Herman Benjamin
Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo
Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo
Advogado: Iara Alves Cordeiro Pacheco e outro(s)
Recorrido: Marilda de Fátima Stankievski e outro
Advogado: Sem Representação nos Autos
Recorrido: Aparecido Silvierio Garcia
Advogado: Idaluci B C Sobreira

EMENTA

Ambiental. Unidade de Conservação de Proteção Integral (Lei 9.985/00). Ocupação e construção ilegal por particular no Parque Estadual de Jacupiranga. Turbação e esbulho de bem público. Dever-poder de controle e fiscalização ambiental do Estado. Omissão. Art. 70, § 1º, da Lei 9.605/1998. Desforço imediato. Art. 1.210, § 1º, do Código Civil. Artigos 2º, I e V, 3º, IV, 6º e 14, § 1º, da Lei 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente). Conceito de poluidor. Responsabilidade civil do Estado de natureza solidária, objetiva, ilimitada e de execução subsidiária. Litisconsórcio facultativo.

1. Já não se duvida, sobretudo à luz da Constituição Federal de 1988, que ao Estado a ordem jurídica abona, mais na fórmula de dever do que de direito ou faculdade, a função de implementar a letra e o espírito das determinações legais, inclusive contra si próprio ou interesses imediatos ou pessoais do Administrador. Seria mesmo um despropósito que o ordenamento constrangesse os particulares a cumprir a lei e atribuísse ao servidor a possibilidade, conforme a conveniência ou oportunidade do momento, de por ela zelar ou abandoná-la à própria sorte, de nela se inspirar ou, frontal ou indiretamente, contradizê-la, de buscar realizar as suas finalidades públicas ou ignorá-las em prol de interesses outros.

2. Na sua missão de proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, como patrono que

é da preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais, incumbe ao Estado “definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção” (Constituição Federal, art. 225, § 1º, III).

3. A criação de Unidades de Conservação não é um fim em si mesmo, vinculada que se encontra a claros objetivos constitucionais e legais de proteção da Natureza. Por isso, em nada resolve, freia ou mitiga a crise da biodiversidade – diretamente associada à insustentável e veloz destruição de *habitat natural* –, se não vier acompanhada do compromisso estatal de, sincera e eficazmente, zelar pela sua integridade físico-ecológica e providenciar os meios para sua gestão técnica, transparente e democrática. A ser diferente, nada além de um “sistema de áreas protegidas de papel ou de fachada” existirá, espaços de ninguém, onde a omissão das autoridades é compreendida pelos degradadores de plantão como autorização implícita para o desmatamento, a exploração predatória e a ocupação ilícita.

4. Qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, no Direito brasileiro a responsabilidade civil pelo dano ambiental é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios do poluidor-pagador, da reparação *in integrum*, da prioridade da reparação *in natura*, e do *favor debilis*, este último a legitimar uma série de técnicas de facilitação do acesso à Justiça, entre as quais se inclui a inversão do ônus da prova em favor da vítima ambiental. Precedentes do STJ.

5. Ordinariamente, a responsabilidade civil do Estado, por omissão, é subjetiva ou por culpa, regime comum ou geral esse que, assentado no art. 37 da Constituição Federal, enfrenta duas exceções principais. Primeiro, quando a responsabilização objetiva do ente público decorrer de expressa previsão legal, em microssistema especial, como na proteção do meio ambiente (Lei 6.938/1981, art. 3º, IV, c/c o art. 14, § 1º). Segundo, quando as circunstâncias indicarem a presença de um *standard* ou dever de ação estatal mais rigoroso do que aquele que jorra, consoante a construção doutrinária e jurisprudencial, do texto constitucional.

6. O *dever-poder de controle e fiscalização ambiental* (= dever-poder de implementação), além de inerente ao exercício do poder de polícia do Estado, provém diretamente do marco constitucional de garantia dos processos ecológicos essenciais (em especial os arts. 225, 23, VI e VII, e 170, VI) e da legislação, sobretudo da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981, arts. 2º, I e V, e 6º) e da Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes e Ilícitos Administrativos contra o Meio Ambiente).

7. Nos termos do art. 70, § 1º, da Lei 9.605/1998, são titulares do dever-poder de implementação “os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização”, além de outros a que se confira tal atribuição.

8. Quando a autoridade ambiental “tiver conhecimento de infração ambiental *é obrigada* a promover a sua *apuração imediata*, mediante processo administrativo próprio, sob pena de *co-responsabilidade*” (art. 70, § 3º, da Lei 9.605/1998, grifo acrescentado).

9. Diante de ocupação ou utilização ilegal de espaços ou bens públicos, não se desincumbe do dever-poder de fiscalização ambiental (e também urbanística) o Administrador que se limita a embargar obra ou atividade irregular e a denunciá-la ao Ministério Público ou à Polícia, ignorando ou desprezando outras medidas, inclusive possessórias, que a lei põe à sua disposição para eficazmente fazer valer a ordem administrativa e, assim, impedir, no local, a turbação ou o esbulho do patrimônio estatal e dos bens de uso comum do povo, resultante de desmatamento, construção, exploração ou presença humana ilícitos.

10. A turbação e o esbulho ambiental-urbanístico podem – e no caso do Estado, devem – ser combatidos pelo *desforço imediato*, medida prevista atualmente no art. 1.210, § 1º, do Código Civil de 2002 e imprescindível à manutenção da autoridade e da credibilidade da Administração, da integridade do patrimônio estatal, da legalidade, da ordem pública e da conservação de bens intangíveis e indisponíveis associados à qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

11. O conceito de *poluidor*, no Direito Ambiental brasileiro, é amplíssimo, confundindo-se, por expressa disposição legal, com o

de *degradador da qualidade ambiental*, isto é, toda e qualquer “pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, *direta ou indiretamente*, por atividade causadora de degradação ambiental” (art. 3º, IV, da Lei 6.938/1981, grifo adicionado).

12. Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano urbanístico-ambiental e de eventual solidariedade passiva, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem não se importa que façam, quem cala quando lhe cabe denunciar, quem financia para que façam e quem se beneficia quando outros fazem.

13. A Administração é solidária, objetiva e ilimitadamente responsável, nos termos da Lei 6.938/1981, por danos urbanístico-ambientais decorrentes da omissão do seu dever de controlar e fiscalizar, na medida em que contribua, direta ou indiretamente, tanto para a degradação ambiental em si mesma, como para o seu agravamento, consolidação ou perpetuação, tudo sem prejuízo da adoção, contra o agente público relapso ou desidioso, de medidas disciplinares, penais, civis e no campo da improbidade administrativa.

14. No caso de omissão de dever de controle e fiscalização, a responsabilidade ambiental solidária da Administração é de *execução subsidiária* (ou com ordem de preferência).

15. A responsabilidade solidária e de execução subsidiária significa que o Estado integra o título executivo sob a condição de, como devedor-reserva, só ser convocado a quitar a dívida se o degradador original, direto ou material (= devedor principal) não o fizer, seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934 do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do Código Civil).

16. Ao acautelar a plena solvabilidade financeira e técnica do crédito ambiental, não se insere entre as aspirações da responsabilidade solidária e de execução subsidiária do Estado – sob pena de onerar duplamente a sociedade, romper a equação do princípio poluidor-pagador e inviabilizar a internalização das externalidades ambientais negativas – substituir, mitigar, postergar ou dificultar o dever, a carga

do degradador material ou principal, de recuperação integral do meio ambiente afetado e de indenização pelos prejuízos causados.

17. Como consequência da solidariedade e por se tratar de litisconsórcio facultativo, cabe ao autor da Ação optar por incluir ou não o ente público na petição inicial.

18. Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de março de 2009 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJe 16.12.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, “a”, da Constituição da República, contra acórdão assim ementado (fl. 225):

Ação Civil Pública. Meio Ambiente. Construção irregular no Parque Estadual de Jacupiranga. Demanda direcionada contra a proprietária do imóvel e também contra a Fazenda do Estado de São Paulo. Sentença de procedência parcial da ação, que condenou nos termos do pedido apenas a proprietária do imóvel, reconhecendo a responsabilidade exclusiva desta. Admissibilidade. Responsabilidade solidária do Poder Público que deve ser aferida com certos temperamentos ou com uma “margem de tolerabilidade”. Precedente desta Câmara. Desprovimento do recurso.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados (fls. 247-249).

Foi interposto Recurso Extraordinário (fls. 252-265).

Nas razões do Recurso Especial, o Ministério Público suscita contrariedade ao art. 535 do CPC e aos arts. 3º, IV, e 14, § 1º, da Lei 6.938/1981, ao argumento de que o Estado de São Paulo deve ser responsabilizado solidariamente pelo dano ambiental causado. Alega que o fato de a Administração haver embargado a obra não afasta a sua omissão, pois lhe competia adotar as medidas possessórias cabíveis contra o esbulho. Conclui, em síntese (fl. 278):

(...) cabe ao Estado a preservação do Parque Estadual de Jacupiranga, todavia o Estado não se desincumbiu (e não se desincumbe) dessa tarefa, pois permitiu a invasão de área do Parque Estadual, permitiu a edificação de uma casa e a exploração de uma área interna, com o cultivo de feijão e mandioca, o que, é possível extrair, vem ocorrendo há muito tempo, o que dá mostras da omissão havida.

(...)

O fato de os agentes vistoros do Instituto Florestal terem embargado a obra não tem o condão de afastar a omissão estatal.

Sem contra-razões.

Os recursos foram inadmitidos na origem, subindo os autos por força do provimento do Agravo de Instrumento 823.847/SP.

O Ministério Público Federal opina pelo não-conhecimento do apelo quanto à alegada violação do art. 535 do CPC e, no mérito, pelo seu provimento (fls. 403-409).

É o *relatório*.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): A matéria em análise diz respeito à co-responsabilização do Estado quando, em consequência de sua omissão no exercício do dever-poder de controle e fiscalização ambiental, danos ao meio ambiente são causados por particular que invadiu Unidade de Conservação de Proteção Integral (Parque Estadual), de propriedade pública, nela levantando construção e procedendo à exploração agrícola.

Estando prequestionada a matéria, passo à análise do mérito.

Uma questão inicial que se coloca no presente Recurso Especial é a de saber se, no Direito brasileiro, o controle e a fiscalização ambientais (e

urbanísticos também) apresentam-se como faculdade da Administração, no âmbito de um frouxo sistema de discricionariedade, ou, se ao revés, integram a esfera da mais vinculada atividade administrativa. Se a conclusão for, como será, de que se está no terreno de um inequívoco, indisponível, irrenunciável e imprescritível dever-poder de controle e fiscalização urbanístico-ambiental, a questão seguinte é sobre o conteúdo deste dever-poder, nomeadamente sobre as medidas e providências de implementação que se esperam – *rectius*, se exigem – do Poder Público, bem como acerca das conseqüências jurídicas derivadas do seu descumprimento.

1. Existência do dever-poder estatal de controle e fiscalização urbanístico-ambiental

Já não se duvida, sobretudo à luz da Constituição Federal de 1988, que ao Estado a ordem jurídica abona, mais na fórmula de dever do que de direito ou faculdade, a função de implementar a lei, inclusive contra si próprio ou interesses imediatos do Administrador de plantão. Seria mesmo um despropósito que o ordenamento constrangesse os particulares a cumprir ou observar a lei e atribuisse ao servidor a possibilidade, conforme a conveniência ou oportunidade do momento, de por ela zelar ou abandoná-la à própria sorte, de nela se inspirar ou, frontal ou indiretamente, contradizê-la, de buscar realizar as suas finalidades públicas ou ignorá-las em prol de interesses outros.

É nesse contexto que se deve fazer a releitura e atualização do *princípio da indisponibilidade do interesse público*. Nele e por ele, retira-se da órbita da representação estatal, fruto do voto popular e exercida pelo Administrador em nome e sob delegação da sociedade, a possibilidade de negociar com o interesse público, que não se presta ao papel de moeda de troca, nem de objeto de escambo. Nesse diapasão, a indisponibilidade tanto é dos bens jurídicos material e individualmente considerados, como, no plano formal, das amarras e garantias de natureza procedimental que balizam a atuação do Administrador, por meio de comportamentos de dar, não-fazer ou fazer.

Nessa linha de pensamento, natural que se vede “à autoridade administrativa deixar de tomar providências que são relevantes ao atendimento do interesse público, em virtude de qualquer outro motivo. Por exemplo: desatende ao princípio a autoridade que deixar de apurar a responsabilidade por irregularidade de que tem ciência” (Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno*, 12ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 129).

O *dever-poder de controle e fiscalização ambiental* (= dever-poder de implementação), além de inerente ao exercício do poder de polícia do Estado, jorra diretamente do marco constitucional (em especial dos arts. 23, VI e VII, 170, VI, e 225) e da legislação infraconstitucional, sobretudo da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81, arts. 2º, I e V, e 6º) e da Lei 9.605/98 (Lei dos Crimes e Ilícitos Administrativos contra o Meio Ambiente). Muito bem lembra, a esse respeito, José Renato Nalini, o jurista e literato, que “a natureza do direito ao meio ambiente é aquela de um patrimônio público a ser *obrigatoriamente garantido e tutelado* pelos organismos sociais e pelo *Estado*. Ônus imposto ao Poder Público e à coletividade, com vistas a permitir que as futuras gerações também usufruam desse valor” (*Direitos humanos e o ensino do Direito Ambiental*, in José Renato Nalini e Angélica Carlini [coord.], *Direitos Humanos e Formação Jurídica*, 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 305. Grifei).

Tal dever-poder imposto à Administração envolve dois núcleos principiológicos da organização estatal contemporânea. A um, o fundamento da probidade administrativa que se espera do agente público, tanto ao agir, como ao se omitir e ao reagir. A dois, o princípio da legalidade, em si mesmo um limite à atuação do Estado, mas igualmente um motor a combater sua passividade, quando dele se esperam comportamentos positivos. Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, em *Apresentação* de livro sobre a matéria, adverte, com a propriedade de sempre, que hoje a gestão pública “exige, de forma premente, um Estado não apenas probo, mas também diligente e eficiente”; por isso, dele se espera *ação*, atitude que, sem dúvida, mostra-se “incompatível com a omissão” (cf. Luís Roberto Gomes, *O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa: O Controle da Omissão Estatal no Direito Ambiental*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2003, p. X) .

No plano constitucional, o fundamento maior do dever-poder de controle e fiscalização ambiental encontra-se no art. 225, *caput*, *in verbis* (grifei):

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, *impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*

Por imposição constitucional, portanto, o Estado brasileiro, em todas suas facetas e níveis, figura como guardião-garantidor do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O *caput* e os parágrafos do art.

225 da Constituição elencam diversas incumbências concretas relacionadas a esse amplo poder de polícia, que, nos termos do art. 23, VI (“proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”) e VII (“preservar as florestas, a fauna e a flora”), insere-se no âmbito da competência comum da União, Estados e Distrito Federal e, naquilo que for interesse local, também dos Municípios (com especial relevo para o controle e fiscalização da regularidade urbanística). Nessa mesma linha de raciocínio, nos termos do art. 70, § 1º, da Lei 9.605/1998, são titulares do dever-poder de implementação “os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização”, além de outros a que se confira tal atribuição.

A Política Nacional do Meio Ambiente, na moldura que lhe imprime a Lei 6.938/81, segue, à sua vez, entre outros princípios, a “ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico” e o “controle e zoneamento das atividades potencial e efetivamente poluidoras” (art. 2º, incisos I e V, respectivamente, grifei).

Mais direto e inequívoco é o art. 70, § 3º, da Lei 9.605/1998, segundo o qual quando a autoridade ambiental “tiver conhecimento de infração ambiental é obrigada a promover a sua *apuração imediata*, mediante processo administrativo próprio, sob pena de *co-responsabilidade*” (grifei). Por “apuração imediata” há que se entender muito mais do que a pura e simples identificação do degradador e a adoção de ações meramente formais ou protocolares, pois seriam tarefas inócuas se não destinadas a efetivamente conservar (turbação) ou recuperar (esbulho) a posse do bem ambiental, obrigar o infrator a reparar o dano causado e a ele aplicar eventual sanção administrativa e penal pelo seu repreensível comportamento.

Referência deve ser ainda feita à Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação ou Lei do SNUC (Lei 9.985/00), já que a degradação de que trata a presente demanda ocorreu no então Parque Estadual de Jacupiranga, criado pelo governo do Estado de São Paulo, em 1969, com aproximadamente 150.000 hectares, em razão da sua notável importância ecológica (por abrigar um dos maiores remanescentes intactos de Mata Atlântica) e geológica (decorrência de seu grande patrimônio espeleológico), uma área tão grande que, em 2008, foi subdividida em três Parques (Parques Caverna do Diabo, do Rio Turvo e do Lagamar de Cananéia, nos termos do art. 5º, da Lei Estadual 12.810/08).

Na sua missão de proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, como patrono que é da preservação e

restauração dos processos ecológicos essenciais, incumbe ao Estado “definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção” (Constituição Federal, art. 225, § 1º, III).

A própria Lei do SNUC se encarrega de deixar claro que as Unidades de Conservação de Proteção Integral, entre as quais se incluem os Parques (art. 8º, III), visam à “manutenção dos ecossistemas *livres de alterações causadas por interferência humana*, admitido apenas o *uso indireto* dos seus atributos naturais” (art. 2º, VI, grifei). Além disso, define Parque como a Unidade de Conservação que “tem como objetivo básico a *preservação* de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico” (art. 11, *caput*, grifei). Acrescenta ainda que se trata de área de “posse e domínio público” (art. 11, § 1º), na qual tanto a visitação pública e a pesquisa científica são rigidamente controladas (art. 11, §§ 2º e 3º). O legislador foi cuidadoso ao ponto de afirmar o óbvio: que “são proibidas, nas unidades de conservação, quaisquer alterações, atividades ou modalidades de utilização em desacordo com os seus objetivos, o seu Plano de Manejo e seus regulamentos” (art. 28).

Cabe, como regra, ao Poder Público a gestão e a administração das Unidades que cria (ele é chamado aí de “órgão executor”, art. 6º, III), exceto quando forem atribuídas, por instrumento próprio, a “organizações da sociedade civil de interesse público com objetivos afins aos da unidade” (art. 30), situação em que o Estado, ainda assim, mantém intacto seu poder de polícia e os deveres-direitos a ele inerentes. Finalmente, “a exploração comercial de produtos, subprodutos ou serviços obtidos ou desenvolvidos a partir dos recursos naturais, biológicos, cênicos ou culturais ou da exploração da imagem de unidade de conservação, exceto Área de Proteção Ambiental e Reserva Particular do Patrimônio Natural, *dependerá de prévia autorização e sujeitará o explorador a pagamento*, conforme disposto em regulamento” (art. 33, grifei).

A criação de Unidades de Conservação não é um fim em si mesmo, vinculada que se encontra a claros objetivos constitucionais e legais de proteção da Natureza. Por isso, em nada resolve, freia ou mitiga a crise da biodiversidade – diretamente associada, no Brasil, à insustentável e veloz destruição de *habitat natural* –, se não vier acompanhada do compromisso estatal de sincera e

eficazmente zelar pela sua integridade físico-ecológica e providenciar os meios para sua gestão técnica, transparente e democrática. A ser diferente, nada além de um “sistema de áreas protegidas de papel ou de fachada” existirá, espaços de ninguém, onde a omissão das autoridades é compreendida pelos degradadores de plantão como autorização implícita para o desmatamento e a ocupação ilícita.

Esse drama ambiental foi, de modo preciso, identificado por Álvaro Valery Mirra, ao advertir que “quando o Estado finalmente cria essas Unidades de Conservação – Parques, Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental –, como medida para a preservação e conservação da Natureza, o que se vê, no decorrer do tempo é que os anos passam sem que os sucessivos governos cuidem de implantar definitivamente essas áreas naturais protegidas, pela demarcação dos seus limites e perímetros, pela realização de zoneamento ecológico-econômico no seu interior, pela instalação dos equipamentos necessários, pela *fiscalização das atividades que possam comprometer a preservação dos atributos ecológicos que justificaram a sua proteção*” (Álvaro Luiz Valery Mirra, *Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente*, São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 396, grifei).

Em síntese, no Direito brasileiro existe, a cargo dos órgãos que integram o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, um inequívoco *dever-poder de controle e fiscalização ambiental* (= dever-poder de implementação), de natureza vinculada, indisponível, irrenunciável e imprescritível.

2. Conteúdo do dever-poder estatal de controle e fiscalização urbanístico-ambiental

Compõe o poder de polícia urbanístico-ambiental um vasto e multifacetário leque de medidas administrativas de caráter preventivo, precautório, mitigatório, reparatório e sancionatório, passíveis, inclusive, de imposição cautelar e liminar, que incluem, entre outros, embargo da obra ou atividade irregular, demolição de construções, multa diária, apreensão de instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração (art. 72 da Lei 9.605/1998), sem falar do *desforço imediato*, referido no art. 1.210, § 1º, do Código Civil.

Assim, diante de ocupação ou utilização ilegal de espaços ou bens públicos, não se desincumbe do dever-poder de fiscalização ambiental (e também urbanística) o Administrador que se limita a embargar obra ou atividade

irregular e a denunciá-la ao Ministério Público e à Polícia, ignorando ou desprezando outras medidas, inclusive possessórias, que a lei põe à sua disposição para eficazmente fazer valer a ordem administrativa e, assim, impedir, no local, a turbação ou o esbulho do patrimônio estatal e dos bens de uso comum do povo, resultante de desmatamento, construção, exploração ou presença humana ilícitos.

Em demanda no essencial assemelhada à presente, embora se cuidasse de loteamento irregular, o Desembargador Torres de Carvalho, um dos expoentes da magistratura brasileira e conhecido pelo equilíbrio que imprime às suas manifestações, bem expressou o sentimento que, amiúde, assola o Poder Judiciário, em situações como a dos autos: “a conduta administrativa limitou-se à lavratura de autuações que não foram pagas contra loteador já sumido, descuidando a autoridade dos procedimentos que lhe deviam ter sucedido – embargo, demolição, desfazimento, responsabilização dos funcionários omissos, responsabilização dos loteadores, etc., em conduta administrativa de todo inócua e que não atinge o ponto principal: a correção da ilegalidade” (Apelação n. 85.594.5/0, 8ª Câmara de Direito Público, Tribunal de Justiça de São Paulo).

3. Turbação, esbulho e desforço imediato no Direito Ambiental

A turbação e o esbulho ambiental-urbanístico podem – e no caso do Poder Público, devem – ser combatidos pelo *desforço imediato*, medida prevista atualmente no art. 1.210, § 1º, do Código Civil de 2002, e imprescindível à manutenção da autoridade e da credibilidade da Administração, da integridade do patrimônio público, da legalidade, da ordem pública e da conservação de bens intangíveis e indisponíveis associados à qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

Numa palavra, no desforço o Estado encontra uma providência por excelência de garantia da aptidão dissuasória da lei e da Administração, que funciona, simultaneamente, como ferramenta de *prevenção geral* (em relação a todos os outros sujeitos potencialmente em posição de futura transgressão) e *prevenção especial* (no que se refere ao próprio infrator, ao educá-lo sobre não compensar a infração urbanístico-ambiental). Nada estimula mais a degradação ambiental do que a sensação coletiva de impunidade, mormente quando se constata à vista de toda a ocupação ilegal de espaços públicos. É o sentimento, altamente nefasto ao interesse público, de que “se os outros podem violar impunemente a lei, eu também posso”.

Por desforço entende-se o ato do possuidor que, *sponte propria* e sem a mediação do Poder Judiciário, procura reaver, de quem dele se apropriou ilegal e recentemente, algo (um bem ou poderes sobre um bem) que lhe pertence, visando a reincorporá-lo, por inteiro, ao seu patrimônio ou a reaver as qualidades (entre elas a ambiental) que lhe dão valor jurídico, econômico ou não.

No mundo todo, lembra Michel Prieur, a Política Ambiental esmerar-se ao buscar uma postura preventiva e educativa, daí sua relutância “em usar medidas extremas, salvo necessidade absoluta” (*Droit de l'Environnement*, 5e édition, Paris, Dalloz, 2004, p. 871). Também entre nós, o Direito Ambiental, consciente de sua missão de proteger o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que é de todos, herdou muito do espírito dos movimentos pacifistas, que estão na sua origem nos anos 60 e 70 do Século XX.

A norma jurídica ambiental, no entanto, como em todos os campos do Direito, existe para a exceção – os infratores – e, infelizmente, exatamente por se destinar a enfrentar situações de patologia social, vê-se compelida a incorporar mecanismos jurídicos tradicionais de coação e defesa dos bens que tutela, como as sanções administrativas e penais, sem falar da própria ação civil pública e a ação popular. Entre essas medidas, sobressai o desforço imediato.

Convenhamos, “necessidade absoluta” maior fica difícil imaginar quando uma área, de *propriedade pública*, que integra uma Unidade de Conservação de Proteção Integral (Parque Estadual), assim qualificada por conta de seu mérito ecológico, é invadida e desmatada, nela se estabelecendo construção e exploração econômica de caráter permanente. A ofensa é quádrupla: ao patrimônio público imobiliário, ao meio ambiente, à credibilidade da legislação ambiental e à legitimidade do Estado como administrador e defensor da *res publica*.

Ninguém contesta, nem haverá de contestar, portanto, que a turbacão e o esbulho do patrimônio do Estado são, no plano social, práticas das mais nocivas e que, se não combatidas pronta e firmemente, desequilibram as relações entre administrados e Administração, corroem a credibilidade do Estado e das suas instituições, e enfraquecem a força dissuasória da lei na sua nobre função de zelar por aquilo que pertence a todos, e às gerações futuras.

Especificamente no que se refere ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” (art. 225, *caput*, da Constituição Federal), nota-se que, amiúde, sua realidade física é representada por coisas do domínio do Estado, em áreas pertencentes ao Estado, como sucede com as *Unidades de Conservação de Proteção Integral*.

Ora isso quer dizer que o dever do Poder Público de defendê-las coloca-se à raiz quadrada, na sua faceta de bem que integra a dominialidade estatal e de bem de uso comum do povo, de titularidade difusa e intergeracional. Nesse diapasão, dúvida não há de que desrespeita a lei o agente público que se omite na utilização dos instrumentos legítimos que a ordem jurídica lhe atribui para a defesa do interesse público e da coisa pública, em nada diferente daquele que age sem lei ou além da lei.

Na previsão do desforço, é claro o art. 1.210, § 1º, do Código Civil (art. 502, do Código Civil revogado):

O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

Vem de longe tal poder legal conferido ao possuidor, instituto que Teixeira de Freitas, em seu *Esboço* de Código Civil, incluiu entre os “remédios possessórios extrajudiciais”, realçando, na denominação a sua extrajudicialidade, reservando-o para o caso de esbulho e definindo-o como “a recuperação da posse por autoridade própria” (art. 4.013, § 1º); para a turbção, previu a “resistência”, ou seja, “a defesa da posse, mesmo repelindo-se a força pela força” (art. 4.013, § 2º), com o intuito de “retê-la” (art. 4.012, *in fine*). Para Clóvis Beviláqua, “o desforço imediato é um ato de legítima defesa da posse” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: Do Direito das Coisas*, edição histórica, 1976, p. 984).

Em época de valorização do Estado de Direito, do respeito à lei e à *res publica*, em que os princípios da moralidade e da boa-fé objetiva permeiam e norteiam todo o sistema normativo, avulta o mérito do combate à cultura da ocupação individual dos espaços públicos e de apropriação privada dos bens coletivos. Se o quadro legal hoje existente já se encarregou de não deixar qualquer dúvida a esse respeito, é hora de o Judiciário dar um basta à *síndrome do Velho Oeste*, que, infelizmente, persegue e prejudica o Brasil até hoje e ameaça seu futuro.

É nessa visão de comunidade que respeita o pacto republicano – radicado e radicalizado pela Constituição de 1988, mas também expresso em uma série de leis recentes, a ela posteriores e outras até anteriores, com ênfase para as de cunho urbanístico e ambiental –, que se insere, envolto num profundo conteúdo de justiça social e de proteção das gerações futuras, o desforço imediato a cargo da Administração Pública e as providências de auto-executoriedade a ele inerentes.

Não é à toa, conseqüentemente, que se observa um acordar crescente e recente para a centralidade do desforço imediato, tanto pelo lado da Administração, que o redescobre, algumas vezes a contra-gosto, como pelo Judiciário, de quem se espera tenha pelo instituto a mais alta consideração e valorização, conquanto prestigiá-lo é simultaneamente contribuir para a autoridade da lei e daqueles que zelam por ela, sem prejuízo, claro, da possibilidade, também assegurada constitucionalmente, de se reclamarem em juízo prejuízos causados por eventuais abusos praticados.

3.1 Crítica ao desforço como mecanismo de proteção da posse privada

No passado, mormente diante dos abusos associados à propriedade privada, críticos se voltaram contra o desforço imediato, tanto mais porque se punha na mão de latifundiários, já em si considerados donos do Estado, um poder extrajudicial de vida ou morte sobre uma multidão de destituídos de terra e de dignidade, muitos em estado de completa miséria e penúria e outros tantos milhares ainda sob o jugo do regime escravocrata. À crítica ao latifúndio, ao individualismo e ao poderio das elites rurais, juntava-se, por natural, a rejeição aos instrumentos de defesa da propriedade imobiliária organizada em torno do mito da sua intocabilidade.

Não foi sem razão, então, que, na sessão de 1º de Julho de 1843, na Câmara, José Thomaz Nabuco de Araújo (o terceiro Senador Nabuco), em um dos seus primeiros Projetos de Lei, propôs a revogação, pura e simples, do § 2º, do Título 58, do Livro 4º, das Ordenações, que permitia ao esbulhado o desforço *in continenti*: “Eu não posso compreender como na sociedade civil onde há um poder constituído para julgar as contendas entre os cidadãos, se lhes deixa livre o recurso das armas e se legitimam assim as conseqüências funestas de uma luta que muitas vezes o capricho trava por amor de quatro ou cinco palmos de terreno, e o mais é que a autoridade policial há de respeitar essa guerra civil, há de ser impassível às suas conseqüências, para não privá-los do tal desforço incontinenti. Quanto a mim bastam os interditos possessórios para que o cidadão possa manter a sua posse e evitar a turbação dela” (Joaquim Nabuco, *Um Estadista do Império*, vol. 1, 5ª edição, Rio de Janeiro, Topbooks, 1997, p. 82).

Vista na sua moldura tradicional, isto é, de defesa por mãos próprias da posse e da propriedade individual, o desforço seria mesmo um “ato de justiça *privada*”, em que o “justicador substitui-se ao Estado” (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Tomo X, *Direito das Coisas: Posse*, atualizado por

Vilson Rodrigues Alves, Campinas, Bookseller, 2000, p. 317, grifei). Atente-se para o realce que se fazia ao caráter “privado” da medida e ao indivíduo substituindo-se “ao Estado”. Algo bem diferente do desforço imediato urbanístico-ambiental, em que “privado” é o infrator e não o Estado, que dele se utiliza, e não há indivíduo algum a tomar o lugar do Estado, já que a Administração é o próprio Estado, na sua feição executiva. Lá, era desforço imediato incidente sobre relações *inter privatos*; aqui, diversamente, são os sujeitos privados que atacam os bens da coletividade e, ao final das contas, o próprio Estado, a quem cabe por eles zelar.

Acrescente-se, finalmente, que na crítica, mais do que merecida, ao instituto, no seu perfil privatista, certamente pesou o fato de as Ordenações, no rastro do Direito Romano, fazerem a odiosa distinção entre pessoas de pequena condição, de um lado, e fidalgos e cavalheiros, de outro, para dar a estes maior amplitude no exercício do desforço (cf. Lafayette Rodrigues Pereira, *Direito das Cousas*, adaptado ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva, Rio de Janeiro, Typ. Baptista de Souza, 1922, p. 53).

3.2 O desforço na defesa, pelo Estado, da propriedade pública e dos bens de uso comum do povo

Bem diferente a situação atual em que se espera ação pronta e eficaz do Estado na defesa do seu patrimônio e dos bens que são de uso comum do povo, sob pena de improbidade administrativa. Aqui, o Administrador, que defende a dominialidade pública, é o próprio Estado, e não um particular no exercício de posse privada e individualística. Como acima indicamos, o tom individual e privado, ao revés da equação do Direito clássico, não se manifesta no sujeito que utiliza o desforço imediato, mas apresenta-se no lado oposto, ou seja, o infrator da lei, aquele que ataca o bem público e dele quer se apropriar, com exclusão *erga omnes*, isto é, privando a coletividade de seus benefícios.

Não é outra a opinião de Celso Antonio Bandeira de Mello, para quem “pode a Administração Pública promover, por si mesma, independentemente de remeter-se ao Poder Judiciário, a conformação do comportamento do particular às injunções dela emanadas, sem necessidade de um prévio juízo de cognição e ulterior juízo de execução processado perante as autoridades judiciárias”, posto que “os interesses defendidos freqüentemente não poderiam, para eficaz proteção, depender das demoras resultantes do procedimento judicial, sob pena de perecimento dos valores sociais resguardados através das medidas de polícia”

(*Curso de Direito Administrativo*, 26ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, pp. 834-835). Também Odete Medauar aponta que, consoante, o princípio da auto-executoriedade, os atos e medidas da Administração são colocados em prática ou aplicados por ela própria “mediante coação, conforme o caso, sem necessidade de consentimento de qualquer outro poder”, sob justificativa variada, que inclui tanto a necessidade de não retardar o atendimento dos interesses da coletividade representados pelo Administrador, como a presunção de legalidade, marca dos atos administrativos (*Ob. Cit.*, p. 130).

Também no Direito Comparado, é pacífico que a Administração “não é um sujeito qualquer; sua posição difere essencialmente daquela dos demais sujeitos”, o que a põe em uma posição privilegiada (privilégio em favor da coletividade), daí a autorização para exercer por si mesma juízos declarativos e executivos, cabendo-lhe fazer uso até da força, pois “a coação administrativa é, por ser pública e não privada, uma coação legítima”. Tudo isso à luz do *princípio da autotutela*, que significa que “a Administração está capacitada como sujeito de direito para tutelar por si mesma suas próprias situações jurídicas, inclusive suas pretensões inovadoras do *statu quo*, eximindo-se deste modo da necessidade, comum aos demais sujeitos, de buscar uma tutela judicial” (Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, Thompson Civitas, 2004, pp. 497-539).

E quando estão em jogo bens de dominialidade compartilhada entre as gerações presentes e as gerações futuras, maiores as medidas de controle e de vigilância que se esperam do Estado. Nessas circunstâncias, de bens de uso comum do povo apoiados sobre pilares intergeracionais, ao Poder Público nada mais sobra do que exercer, como se fora um depositário fiel por designação constitucional e legal, a função de bem cuidar daquilo que administra em nome de outrem. Aí, então, mais justificável, ainda, o exercício, pela Administração, do seu dever-poder de *autotutela conservativa*, na fórmula do *interdictum proprium*, isto é, a possibilidade de reivindicar, por si mesma, seus bens patrimoniais ou de domínio público.

Entende-se, pois, que na concepção moderna e *welfarista* do desforço, nele não mais se deve enxergar a simples atribuição ao particular – numa perspectiva individualista e representativa da aura de absolutismo do domínio privado – do poder de fazer valer, sem a mediação do Judiciário, o direito de propriedade assegurado pela Constituição e Código Civil. Ao contrário, cuida-se da defesa, pelo Estado, dos bens públicos, muitos de valor intergeracional, de grande

fragilidade e carência de tutela de urgência; mais do que tudo, está em jogo a autoridade da ordem urbanístico-ambiental, como já referido.

Assim, ao integrar a pauta do controle da legalidade, de que não pode dispor a Administração, o desforço imediato há de ser visto como *obrigação inafastável e de índole vinculada*, porquanto inadmissível que se confira ao Administrador optar por defender, ou não, o patrimônio público, o meio ambiente e a regularidade urbanística. Importa ainda enfatizar que, diante do reposicionamento dos valores e bens que levou a cabo a Constituição de 1988 e a recente legislação urbanístico-ambiental, o desforço imediato não se esgota nas infrações que ponham em risco a segurança ou a saúde pública.

Na sua prática tradicional, era tratado como “defesa privada”, afim à legítima defesa penal, daí a antipatia que despertava em muitos. No campo dos bens públicos, do meio ambiente e do urbanismo é “defesa pública”, pela Administração, daquilo que a todos pertence. É *autodefesa pública*, autodefesa essa que dispensa a intermediação *ex ante* do Poder Judiciário, embora não impeça nem limite a intervenção judicial *ex post*.

Especificamente no Estado de São Paulo, o Decreto 42.079/97 não deixa dúvida a respeito do uso obrigatório do desforço (grifei):

Artigo 18 - Os órgãos da Administração Direta destinatários de imóveis pertencentes, cedidos ou locados ao Estado, são responsáveis pelos mesmos, cabendo-lhes guardá-los e conservá-los, observando as regras de ocupação baixadas pelo Conselho do Patrimônio Imobiliário.

Parágrafo único - Ocorrendo turbação ou esbulho na posse dos imóveis pertencentes ou ocupados pelo Estado, os órgãos destinatários deverão valer-se do desforço imediato permitido no artigo 502 do Código Civil, comunicando imediatamente o fato à unidade competente da Procuradoria Geral do Estado.

3.3 Requisitos do desforço

O Código Civil refere-se a “possuidor” turbado ou esbulhado e à manutenção ou restituição da “posse” (art. 1.210, § 1º). A letra de lei não cria nenhuma dificuldade quando, como ocorre nos presentes autos, o Estado for, ele próprio, o proprietário do imóvel. Entretanto, situações mais corriqueiras existem em que a ameaça (turbação) ou apropriação (esbulho) ilícitas incidem sobre bens imateriais e coletivos, como o meio ambiente ou a regularidade urbanística *in abstracto*, vistos em si mesmos no formato de *macrobem*. Nesses casos, é privado o bem imóvel em que a atividade ilegal ocorre, mas é público,

intangível, indivisível, extracomércio e intergeracional o meio ambiente ecologicamente equilibrado que daquele depende.

Se o meio ambiente, abstratamente considerado, é um macrobem jurídico, passível de usurpação ou apropriação ilegal, seja na sua totalidade, seja em partes de suas qualidades e expressão ecológica, admitir-se-ia, nesse plano, defendê-lo por meio do desforço imediato? Vem à mente, aqui, a sua definição legal, como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (art. 3º, I, da Lei 6.938/81). Exemplo dessa hipótese é o loteamento clandestino. Poderá o Poder Público fazer uso do desforço, a pretexto de que estaria sendo esbulhado o meio ambiente ecologicamente equilibrado, o macrobem que lhe incumbe zelar e defender?

Essa uma situação que, certamente, não se colocava antes da Lei 6.938/81 e da Constituição de 1988, quando o meio ambiente, além de reconhecido expressamente, passou a ser considerado “bem de uso comum do povo”. Ora, o próprio Código Civil de 2002, na linha seguida por outros países e pelo Código Civil revogado, se encarrega de tratar dos bens públicos, isto é, os de “domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno” (art. 98), entre os quais inclui “os de uso comum do povo” (art. 99, I).

A conclusão que se tira é que a expressão “possuidor”, referida pelo Código Civil, deve ser lida à luz das novas e complexas formas de bens e titularidades – de patrimonialidade, numa palavra – apresentadas pela legislação de proteção dos interesses difusos e coletivos. Se o meio ambiente ecologicamente equilibrado, como macrobem, é bem de uso comum do povo, essa sua natureza jurídica de bem *sui generis* não lhe retira ou restringe a qualidade de bem, com os consectários que dessa proposição advêm. Trata-se de conclusão que se harmoniza perfeitamente com a letra do art. 1.196, do Código Civil, que considera “possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. Ora, bem de uso comum do povo é uma das modalidades de propriedade, pública é verdade, mas nem por isso menos propriedade.

A extracomercialidade do meio ambiente, como macrobem jurídico de uso comum do povo, não barra, nem dificulta a sua proteção no âmbito possessório. Aliás, seria até um desatino atribuir a bem qualificado, pela própria Constituição Federal, como “essencial à sadia qualidade de vida” (art. 225, *caput*) um nível de proteção jurídica inferior àquele prestado às coisas comuns ou ordinárias. Entre

os muitos argumentos em favor dessa tese, destaca-se a lembrança de que o conceito de posse não é imutável, nem imune às transformações do quadro legislativo, tanto mais quando o legislador o diz expressamente, como o fez em 1988, ao reconhecer uma grande variedade de novos bens jurídicos (entre eles o meio ambiente). Nesses casos, nos termos da mais abalizada doutrina, deve-se admitir “a posse *ad interdicta* à medida que seja necessária para proteger a *pública destinação* dos bens” (Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, 22ª edição, São Paulo, Atlas, 2009, p. 702, grifei).

O desforço vem condicionado pelo Código Civil, ao dispor que o possuidor poderá usá-lo “contanto que o faça logo”. Quão *logo* é o “logo” referido pelo legislador? No caso de bens pertencentes ao Estado (um imóvel público) ou sob sua administração ou guarda (o meio ambiente e a regularidade urbanística, p. ex., como bens intangíveis), deve-se afastar, de cara, a noção de que o *dies a quo* do “logo” levaria em conta a data da violação. Em verdade, o que importa é a) a data em que o Poder Público toma inequívoco conhecimento da degradação ilegal e b) encontra os meios necessários para reagir, sobretudo em regiões remotas e de difícil acesso.

No seu *Esboço*, Teixeira de Freitas aduz que “o faça logo”, próprio do desforço exige que “o possuidor o empregasse em continente, o que se deixa ao arbítrio do Juiz, segundo as circunstâncias” (art. 4.016, 1º). Para Tito Fulgêncio, tanto a defesa (na turbação), como o desforço (no esbulho) “deve dar-se tanto que conheça o possuidor a moléstia” (*Da Posse e das Ações Possessórias*, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 146, grifei).

No que tange à duração do “logo” – isto é, o espaço temporal entre a data do conhecimento e a ação efetiva de desforço –, atuará “logo” a Administração quando imediatamente der início às providências, formais (procedimentais) e materiais (requisição de apoio policial, p. ex.), necessárias à consecução do desforço. Clóvis Beviláqua, por sua vez, ao comentar o art. 502 do Código Civil de 1916, aduz que “o desforço para ser legítimo deve ser imediato. *In ipso congresso*, dizia a lei romana ... Se é um prédio o objeto da espoliação, a ação particular do espoliado deve ser iniciada sem demora ... logo que lhe conste o esbulho, no caso de clandestinidade” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Edição Histórica, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1984, p. 984).

O fundamental é que o Administrador não passe a imagem de inação, pois tal impediria o uso posterior do desforço. Claro, o controle final da legalidade do “logo” ficará a cargo do Judiciário. Já era assim nas Ordenações Filipinas, em que

se deixava ao “arbítrio do Julgador, que sempre considerará a qualidade da coisa e o lugar onde está” (Ord., IV, 58, § 2).

Tudo isso para dizer que responde pelo dano ambiental a Administração (e o Administrador) que, ao se comportar como Pôncio Pilatos, lava as mãos atua apenas cosmeticamente, para salvar aparências, diante de degradação em via de acontecer, que está acontecendo ou que já aconteceu. Responsável, sim, o Estado. Mas de que tipo de responsabilidade estaríamos aqui cuidando, derivada da omissão do dever-poder estatal de controle e fiscalização urbanístico-ambiental?

4. Responsabilidade do Estado por omissão no exercício do dever-poder de controle e fiscalização urbanístico-ambiental

No Direito brasileiro e de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade civil pelo dano ambiental, qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios poluidor-pagador, da reparação *in integrum*, da prioridade da reparação *in natura* e do *favor debilis*, este último a legitimar uma série de técnicas de facilitação do acesso à justiça, entre as quais se inclui a inversão do ônus da prova em favor da vítima ambiental.

Também é entendimento do STJ que o princípio da prioridade da reparação *in natura* convive com a possibilidade de simultânea exigibilidade de indenização pecuniária, sobretudo quanto aos danos extrapatrimoniais ou naqueles casos em que a recuperação do meio ambiente degradado é incompleta ou faz-se de maneira lenta, no decorrer dos anos (cf., neste ponto, a excelente Annelise Monteiro Steigleder, *Responsabilidade Civil Ambiental: As Dimensões do Dano Ambiental no Direito Brasileiro*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004, p. 237). Ademais, como veremos abaixo, atribui-se ao *macrobem ambiental* uma constituição indivisível e intangível, e, por outro lado, vê-se a recuperação *in natura* como *obrigação de fazer*, daí surgem repercussões outras no conteúdo da responsabilidade civil, que vão além da simples solidariedade.

4.1 Solidariedade passiva no dano ambiental

Como se sabe, o dano, qualquer que ele seja, inclusive o ambiental, “pode derivar da atuação individual de um agente ou da concorrência de atividades de vários sujeitos enlaçados, de diferentes maneiras, na sua produção” (Atilio

Aníbal Alterini e Roberto López Cabana, *Responsabilidad Civil*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1995, p. 321). No caso de obrigações complexas, com pluralidade de sujeitos, vigora no Direito das Obrigações o princípio *concurso partes fiunt*, a significar que a multiplicidade de agentes não obsta a repartição do liame obrigacional em tantas relações jurídicas autônomas quanto forem os devedores. Essa regra sofre duas exceções mais salientes, uma de *ordem objetiva*, outra, de *ordem subjetiva*: a indivisibilidade do objeto e a solidariedade entre os sujeitos (cf. Sílvio Rodrigues, *Direito Civil: Parte Geral das Obrigações*, vol. 2, 14ª ed., São Paulo, Saraiva, 1984, p. 65).

Esses dois desvios do modelo convencional dominam o dano ambiental. De um lado, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, como realidade intangível e bem de uso comum do povo, essencial à qualidade de vida, é de natureza indivisível, não obstante as manifestações concretas multifacetadas associadas aos seus elementos físicos (solo, ar, água, florestas, fauna, etc). Em tese e *in abstracto*, não se pode fragmentar tal macrobem jurídico, que consiste, não custa repetir, no “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (art. 3º, I, da Lei 6.938/81). Por outro, a solidariedade passiva é uma das marcas mais tradicionais e indiscutíveis do regime brasileiro de responsabilidade civil ambiental.

Técnica que visa a viabilizar a reparação da vítima, a solidariedade passiva funciona, de maneira simultânea, como garantia de solvabilidade dos devedores em favor do credor e como ferramenta de facilitação de acesso à justiça. Excepciona a regra de que ao devedor não incumbe pagar nada mais do que deve em razão de sua ação ou omissão individual (= padrão do rateio entre os co-responsáveis, na medida de sua contribuição ao dano), abrindo caminho para a comunicabilidade plena entre os débitos de todos os co-devedores, que direta ou indiretamente tenham contribuído para o dano.

A técnica do rateamento é amiúde excepcionado, seja no próprio Código Civil, seja em microssistemas especiais (o ambiental, p. ex.), mormente em decorrência do grau e tipo de risco de certas atividades ou da necessidade, lastreada no princípio do *favor debilis*, de assegurar maior proteção a sujeitos ou bens tidos como particularmente vulneráveis.

A solidariedade passiva *legal* convoca três ordens de justificativas, todas de aplicação no Direito Ambiental: um compartilhamento de *situação jurídica* entre os devedores, que acaba por criar entre eles um vínculo de comunhão; a

necessidade ou conveniência de mais firmemente reprimir o comportamento dos infratores; a preocupação com o fortalecimento das garantias do crédito (cf. Alex Will et François Terré, *Droit Civil: Les Obligations*, 4e édition, Paris, Dalloz, 1986, pp. 925/926). Daí, então, sua dupla função, já indicada: aumento da segurança do crédito e facilitação do acesso à justiça.

Ampliação da segurança do crédito, em decorrência da conformação jurídica que é própria da solidariedade, ao fazer com que cada devedor responda *in totum et totaliter*, ou seja, a disponibilização, a serviço do esforço reparatório, da totalidade de vários patrimônios, cabendo ao credor escolher, conforme sua conveniência, um, alguns ou todos eles, afastando, dessa forma, o benefício da divisão (*beneficium divisionis*).

Acesso à justiça facilitado, por dispensar, e aí a comodidade processual, a presença de todos os co-responsáveis no processo, convocação essa que nem sempre se mostra fácil, nem viável, tanto na identificação ou localização dos devedores, como na atribuição, no campo probatório, de nexos de causalidade a cada um deles, individualmente. Nesse diapasão, costuma-se afirmar que um dos objetivos da solidariedade é exatamente evitar o jogo de empurra-empurra entre degradadores que, não fosse o remédio jurídico, insultaria a ordem jurídica com a “absoluta impunidade dos responsáveis, cada qual negando tivesse sua atividade causado ou contribuído para a efetivação do dano” (Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, *Responsabilidade civil, meio-ambiente e ação coletiva ambiental*, in Antonio Herman Benjamin, *Dano Ambiental: Prevenção, Reparação e Repressão*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 284).

Nos vários países e sistemas jurídicos do mundo, tanto a pura conveniência processual, como a dificuldade de determinação, no processo, de certas questões de fato, como a individualização da parcela de cada devedor na causação do dano, transformaram a solidariedade em algo “necessário” (W. Page Keeton, general editor, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5th ed., St. Paul, West Publishing, 1984, p. 327). Necessário no Direito das Obrigações comum; absolutamente imprescindível no Direito Ambiental.

O Código Civil de 2002, ao dispor sobre a solidariedade passiva, estabelece que o “credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto” e que não importa “renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores” (art. 275).

A rigor, na responsabilidade civil ambiental, mais do que assento no Código Civil, a solidariedade deriva precipuamente do art. 3º, IV, da Lei 6.938/81, dispositivo legal cuja redação impõe a conclusão de que “todos aqueles que contribuam de qualquer forma para a ocorrência de um dano ambiental devem responder pela integralidade do dano”, sem prejuízo do direito de regresso. Se o dano ambiental conta com vários degradadores, “o demandado não pode invocar como eximente o fato de não ser apenas ele o poluidor, de serem vários e não se poder identificar aquele que, com seu obrar, desencadeou – como gota d’água – o dano” (Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por Daños*, Tomo VI, *Responsabilidad Colectiva*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 161).

Esse conjuntar obrigacional advém tanto da letra expressa da lei como da natureza dos bens tutelados, porquanto, indivisível *in abstracto* e caracterizado como *res communis omnium*, o macrobem ambiental se apresenta como “uma unidade infragmentável”, característica essa que confere, igualmente às relações associadas à sua proteção, “a marca da indivisibilidade” (Délton Winter de Carvalho, *Dano Ambiental Futuro: A Responsabilização Civil pelo Risco Ambiental*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2008, pp. 109-110).

É certo que, juridicamente falando, não se confundem obrigação solidária e obrigação indivisível, embora no plano prático os institutos possam se sobrepor e apresentar resultados assemelhados. Naquela, o objeto é, em geral, divisível, mas por força da representação recíproca entre devedores, as várias dívidas deixam de ser reduzíveis a frações pessoais específicas e individuais. Nesta, as dívidas também são múltiplas, cada qual representada por sua fração; entretanto, como o objeto da obrigação (um fazer, p. ex.) é indivisível, se torna impossível, como na solidariedade, fragmentá-las, o que implica que o pagamento apenas pode ser realizado na sua totalidade, porém não por representação recíproca entre os vários co-devedores ou por cada um ser responsável pela totalidade da dívida. Na verdade, conforme adverte Mário Júlio de Almeida Costa, a noção de obrigação indivisível, por óbvio, “só manifesta verdadeiro interesse prático a propósito das obrigações plurais não solidárias”, pois “se a obrigação é solidária, deste regime resultam já as consequências a que se chegaria por força da indivisibilidade” (*Noções de Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1991, p. 151)

O dano ao meio ambiente é um daqueles territórios em que aparecem, simultaneamente, a solidariedade passiva e a indivisibilidade do bem tutelado. Como já afirmado, o campo fértil por excelência das obrigações indivisíveis

é precisamente o das obrigações de fazer e não fazer, corriqueiras no Direito Ambiental. Por isso, não é um exagero aqui afirmar que, em decorrência da lei e da natureza das coisas, e não da vontade das partes ou de concerto prévio entre elas, a obrigação de reparar o dano ambiental é solidária, sempre, e indivisível, freqüentemente. A solidariedade e a indivisibilidade são, por assim dizer, a essência inafastável do dano ambiental.

Se o *objeto da obrigação*, segundo a boa doutrina, é a prestação prometida ou aquela que do devedor se espera (cf. Mazeaud & Mazeaud et François Chabas, *Obligations: Théorie Générale*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 1991, p. 225), e na obrigação ambiental derivada de degradação é o dever de reparar o dano, sob a diretriz do princípio da reparação *in integrum* e do princípio da prioridade da reparação *in natura* (obrigações de fazer, portanto), aflora imediatamente a natureza indivisível da reparação ambiental, pela própria infragmentabilidade do objeto da obrigação na hipótese.

Nem sempre, contudo, a solidariedade passiva desponta de forma cristalina. Há situações mais discretas, em que a solidariedade (jurídica) surge de circunstâncias tênues de um certa solidariedade (material) no seu sentido vulgar ou coloquial. É o que se dá com o *silêncio de conveniência*, tema da maior relevância no Direito Ambiental. Não é raro que o dano seja causado por combinações multifacetárias de atividades e substâncias, que se cobrirão de impossível complexidade para o leigo ou mesmo para o técnico ou especialista, que esbarram em segredos industriais ou se descobrem alheios e são vistos como intrusos na cadeia de relações profissionais e pessoais que une o grupo ao qual se imputa o dano. Em tais situações, parafraseando Aguiar Dias, com sua clássica autoridade, o silêncio do verdadeiro agente e de seus companheiros cria a solidariedade entre todos (José de Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, 7ª ed., vol. 2, Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 901).

A jurisprudência do STJ não discrepa no que concerne à solidariedade passiva na responsabilidade ambiental:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE PASSIVA: SOLIDARIEDADE.

1. A solidariedade entre empresas que se situam em área poluída, na ação que visa preservar o meio ambiente, deriva da própria natureza da ação.

2. Para correção do meio ambiente, as empresas são responsáveis solidárias e, no plano interno, entre si, responsabiliza-se cada qual pela participação na conduta danosa.

3. Recurso especial não conhecido.

(REsp 18.567/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2000, DJ 02/10/2000, p. 154, grifei).

4.2 *Solidariedade passiva e a co-responsabilização ambiental do Estado por omissão do dever-poder de controle e fiscalização*

O conceito de *poluidor*, no Direito Ambiental brasileiro, é amplíssimo, confundindo-se, por expressa disposição legal, com o de *degradador da qualidade ambiental*, isto é, toda e qualquer “pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, *direta ou indiretamente*, por atividade causadora de degradação ambiental” (art. 3º, IV, da Lei n. 6.938/1981, grifei).

Por outro lado, para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano urbanístico-ambiental e de eventual solidariedade passiva, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem não se importa que façam, quem cala quando lhe cabe denunciar, quem financia para que façam e quem se beneficia quando outros fazem (cf. REsp 650.728/SC). Cuida-se, ninguém disputa, de responsabilidade civil objetiva, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81. São inúmeros e unânimes, nesse sentido, os precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

Logo, o ente público é solidária, objetiva e ilimitadamente responsável, nos termos da Lei 6.938/1981, por danos ambientais e urbanísticos que venha, “direta ou indiretamente”, a causar. A situação é mais singela quando o próprio Poder Público, por atuação comissiva, causa materialmente a degradação, p. ex., ao desmatar ilegalmente Área de Preservação Permanente. É imputação por ato próprio.

Embora menos comum, não difere muito, no essencial, a co-responsabilidade do Estado decorrente da *omissão* do seu dever de controlar e fiscalizar a integridade do meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme demonstram vários precedentes abaixo citados, na medida em que contribua, direta ou indiretamente, tanto para a degradação ambiental em si mesma, como para o seu agravamento, consolidação ou perpetuação, tudo sem prejuízo da adoção, contra o agente público relapso ou desidioso, de medidas disciplinares, penais, civis, inclusive no que se refere à improbidade administrativa.

A solidariedade passiva ambiental, como de resto em outros campos da danosidade, “não depende de concerto prévio entre os responsáveis” (José de

Aguiar Dias, *Ob. Cit.*, p. 903), nem exige que o comportamento causal de cada um dos responsáveis seja da mesma natureza, grau ou nocividade. Assim, tal qual podem ser co-responsabilizados dois motoristas pela morte de um pedestre ou passageiro, o primeiro por avançar o sinal vermelho e o outro por excesso de velocidade, também aqui é irrelevante que a responsabilidade do particular se impute por degradação material comissiva do meio ambiente (desmatamento) e a do Estado por omissão em controlar e fiscalizar o bem ambiental. Lembra, novamente, Aguiar Dias que “a diversa natureza dos atos ilícitos perpetrados pelos diferentes responsáveis não poderia ser invocada como motivo capaz de afastar a solidariedade: tanto faz que sejam de omissão ou de comissão” (José de Aguiar Dias, *Ob. Cit.*, p. 904).

Não custa enfatizar que na responsabilidade civil ambiental, regime totalmente especial, a culpa não entra pela porta da frente, tampouco pela dos fundos, ou mesmo a título de temperamento dos deveres do Estado. Eventual mitigação da responsabilidade estatal repudia o aproveitamento ou contrabando eufemístico, nem por isso menos indevido, da culpa. Tratamento diferenciado receberá o Estado, como analisaremos abaixo, somente pela via da preservação de um benefício peculiar, na execução, na qual a ele se reserva uma posição de *posterius* em relação a do *prius*, que é o agente causador primário ou direto do dano ambiental.

Numa palavra, seja a contribuição do Estado ao dano ambiental direta ou indireta, sua responsabilização sempre observará, na linha de fator de atribuição, o critério objetivo. Não se pretende trazer aqui o regime (geral ou comum) de responsabilidade civil objetiva do Estado, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, pois o sentido jurídico desse dispositivo não veda a existência de regimes especiais, em que a objetividade cubre também os comportamentos omissivos.

Vale dizer, se é certo que a responsabilidade civil do Estado, por omissão, é, ordinariamente, subjetiva ou por culpa, esse regime, tirado da leitura do texto constitucional, enfrenta pelo menos duas exceções principais. Primeiro, quando a responsabilização objetiva para a omissão do ente público decorrer de expressa determinação legal, em microsistema especial, como na proteção do meio ambiente (Lei 6.938/81, art. 3º, IV, c.c. o art. 14, § 1º). Segundo, quando as circunstâncias indicarem a presença de um dever de ação estatal – direto e mais rígido – que aquele que jorra, segundo a interpretação doutrinária e jurisprudencial, do texto constitucional.

Nota Rodolfo de Camargo Mancuso que com maior razão se justifica a responsabilidade civil do Estado, “quando falha ou se omite no poder-dever de fiscalizar, coibir e reprimir as atividades *ilícitas* dos particulares, que põem em risco ou degradam o meio ambiente, como sói acontecer em grandes metrópoles brasileiras, com os contínuos avanços dos loteamentos clandestinos em áreas de preservação permanente, como são as florestas protetoras das regiões de mananciais” (*Ação Civil Pública*, 11ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, pp. 382-383).

Duas ordens de observações aqui se impõem. Primeiro, acima indicamos, o dano ambiental tende a se caracterizar pela indivisibilidade, o que contagia, com a mesma qualidade, a prestação de reparar. Um só fato ou evento gerador (mesmo que com múltiplos atores) e um só e único o dano ambiental, em razão da forma de *rede* em que se organizam os processos ecológicos. Tal significa que, por força da sua indivisibilidade (= unidade do objeto), o dever de reparar de um corresponde ao dever de reparar de todos. Daí a fundição do comportamento do particular, normalmente comissivo, com o comportamento omissivo do Estado. Segundo, a omissão estatal, logicamente, se refere a comportamento em que o degradador real ou primeiro é um terceiro, o que traz à baila a problemática das obrigações complexas (= multiplicidade de vínculos obrigacionais) e, a partir delas, da solidariedade entre as várias condutas, comissivas e omissivas, envolvidas. No pólo das vítimas, inequívoca a pluralidade de sujeitos afetados que são tutelados em qualquer Ação Civil Pública por danos ambientais, pois malferidos pela conduta do infrator, para usar a fórmula do art. 225, *caput*. Não se trata de uma pessoa, mas de um vasto universo de pessoas, na verdade, “todos”.

Nesse contexto, forçoso reconhecer a responsabilidade solidária do Estado quando, *devendo agir para evitar o dano ambiental*, mantém-se inerte ou age de forma deficiente ou tardia. Ocorre aí *inexecução de uma obrigação de agir* por quem tinha o dever de atuar. Agir no sentido de prevenir (e, cada vez mais, se fala em precaução), mitigar o dano, cobrar sua restauração e punir exemplarmente os infratores. A responsabilização estatal decorre de omissão que desrespeita estipulação *ex vi legis*, expressa ou implícita, fazendo tábula rasa do dever legal de controle e fiscalização da degradação ambiental, prerrogativa essa em que o Estado detém quase um monopólio. Ao omitir-se contribui, mesmo que indiretamente, para a ocorrência, consolidação ou agravamento do dano. Importa ressaltar, mais uma vez, que não há porque investigar culpa ou dolo do Estado (exceto para fins de responsabilização pessoal do agente público), pois não se sai do domínio da responsabilidade civil objetiva, prevista no art. 14, § 1º,

da Lei 6.938/81, que afasta o regime comum, baseado no elemento subjetivo, de responsabilização da Administração por comportamento omissivo.

Para Vera Lúcia Jucovsky, “o Estado pode ser responsabilizado por danos ao ambiente, por comportamento comissivo ou omissivo”, razão pela qual também cabe sua responsabilização quando, por omissão, falhar no seu dever de “fiscalização, vigilância e controle” (*Responsabilidade Civil do Estado por Danos Ambientais*, São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2000, p. 55). Acerca do tema, confira-se ainda Édis Milaré (*Direito do Meio Ambiente*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, pp. 766-767):

Segundo entendemos, o Estado também pode ser solidariamente responsabilizado pelos danos ambientais provocados por terceiros, já que é seu dever fiscalizar e impedir que tais danos aconteçam. Esta posição mais se reforça com a cláusula constitucional que impôs ao Poder Público o dever de defender o meio ambiente e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Na mesma linha, Paulo Affonso Leme Machado (*Direito Ambiental Brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 2007, p. 352):

Para compelir, contudo, o Poder Público a ser prudente e cuidadoso no vigiar, orientar e ordenar a saúde ambiental nos casos em que haja prejuízo para as pessoas, para a propriedade ou para os recursos naturais mesmo com a observância dos padrões oficiais, o Poder Público deve responder solidariamente com o particular.

O Superior Tribunal de Justiça, à sua vez, vem admitindo, reiteradamente, a responsabilidade do Estado, em matéria ambiental, por omissão no seu dever de controle e fiscalização. Cito precedentes:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO CAUSADO AO MEIO AMBIENTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ENTE ESTATAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RESPONSÁVEL DIRETO E INDIRETO. SOLIDARIEDADE. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. ART. 267, IV DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356 DO STF.

(...)

3. O Estado recorrente tem o dever de preservar e *fiscalizar* a preservação do meio ambiente. Na hipótese, o Estado, no seu dever de fiscalização, deveria ter requerido o Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo relatório, bem como a realização de audiências públicas acerca do tema, ou até mesmo a paralisação da obra que causou o dano ambiental.

4. O repasse das verbas pelo Estado do Paraná ao Município de Foz de Iguaçu (ação), a *ausência das cautelas fiscalizatórias* no que se refere às licenças

concedidas e as que deveriam ter sido confeccionadas pelo ente estatal (omissão), concorreram para a produção do dano ambiental. Tais circunstâncias, pois, são aptas a caracterizar o nexo de causalidade do evento, e assim, legitimar a responsabilização objetiva do recorrente.

5. Assim, independentemente da existência de culpa, o poluidor, ainda que *indireto* (Estado-recorrente) (art. 3º da Lei n. 6.938/81), é obrigado a indenizar e reparar o dano causado ao meio ambiente (responsabilidade objetiva).

6. Fixada a legitimidade passiva do ente recorrente, eis que preenchidos os requisitos para a configuração da responsabilidade civil (ação ou omissão, nexo de causalidade e dano), ressalta-se, também, que tal responsabilidade (objetiva) é solidária, o que legitima a inclusão das três esferas de poder no pólo passivo na demanda, conforme realizado pelo Ministério Público (litisconsórcio facultativo).

7. Recurso especial conhecido em parte e improvido.

(REsp 604.725/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2005, DJ 22/08/2005 p. 202, grifei).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AMBIENTAL. LEGITIMIDADE DO ESTADO DE MINAS GERAIS. OMISSÃO DO DEVER DE FISCALIZAR. PRECEDENTES.

(...)

3. A conclusão do acórdão exarado pelo Tribunal de origem está em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça que se orienta no sentido de reconhecer a legitimidade passiva de pessoa jurídica de direito público para responder por danos causados ao meio ambiente em decorrência da sua *conduta omissiva quanto ao dever de fiscalizar*. Aplicável, portanto, a Súmula 83/STJ.

4. Agravo regimental não-provido.

(AgRg no Ag 822.764/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2007, DJ 02/08/2007 p. 364, grifei).

PROCESSUAL CIVIL. AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO FIGURAR NO PÓLO PASSIVO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 83/STJ. OFENSA AO ART. 535 DO CPC REPELIDA.

(...)

2. A decisão de primeiro grau, que foi objeto de agravo de instrumento, afastou a preliminar de ilegitimidade passiva porque entendeu que as entidades de direito público (*in casu*, Município de Jquitiba e Estado de São Paulo) podem ser arrostadas ao pólo passivo de ação civil pública, quando da instituição de loteamentos irregulares em áreas ambientalmente protegidas ou de proteção aos

mananciais, seja por ação, quando a Prefeitura expede alvará de autorização do loteamento sem antes obter autorização dos órgãos competentes de proteção ambiental, ou, como na espécie, por *omissão na fiscalização e vigilância quanto à implantação dos loteamentos*.

3. A conclusão exarada pelo Tribunal *a quo* alinha-se à jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, orientada no sentido de reconhecer a legitimidade passiva de pessoa jurídica de direito público para figurar em ação que pretende a responsabilização por danos causados ao meio ambiente em decorrência de sua *conduta omissiva quanto ao dever de fiscalizar*. Igualmente, coaduna-se com o texto constitucional, que dispõe, em seu art. 23, VI, a competência comum para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que se refere à proteção do meio ambiente e combate à poluição em qualquer de suas formas. E, ainda, o art. 225, *caput*, também da CF, que prevê o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

4. A competência do Município em matéria ambiental, como em tudo mais, fica limitada às atividades e obras de “interesse local” e cujos impactos na biota sejam também estritamente locais. A autoridade municipal que avoca a si o poder de licenciar, com exclusividade, aquilo que, pelo texto constitucional, é obrigação também do Estado e até da União, atrai contra si a responsabilidade civil, penal, bem como por improbidade administrativa pelos excessos que pratica.

5. Incidência da Súmula 83/STJ.

6. Agravo regimental não-provido.

(AgRg no Ag 973.577/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/09/2008, DJe 19/12/2008, grifei).

5. *Responsabilidade estatal solidária, mas de execução subsidiária*

Como vimos, é objetiva, solidária e ilimitada a responsabilidade ambiental do Estado, em caso de omissão do dever-poder de controle e fiscalização; mas a sua execução é de *natureza subsidiária* (com ordem ou benefício de preferência, o que não é o mesmo que “benefício-divisão”, precisamente o resultado afastado pela solidariedade passiva).

A responsabilidade solidária e de execução subsidiária significa que o Estado integra o título executivo sob a condição de, como *devedor-reserva*, só ser chamado quando o degradador original, direto ou material (= devedor principal) não quitar a dívida, seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, por qualquer razão, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta,

assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934, do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica, conforme preceitua o art. 50 do Código Civil.

A subsidiariedade, evidentemente, deixa de fazer sentido jurídico ou prático se o devedor principal não mais existir ou não for facilmente identificável ou encontrável. Por outro lado, como seu fundamento é estabelecer uma *ordem de preferência* na cobrança do crédito ambiental judicialmente executado, de nada adiantaria e só a transformaria em formalidade a dificultar o *favor debilis* – que inspira a legislação ambiental e a solidariedade – pretender levá-la às últimas conseqüências, se notória a impossibilidade ou incapacidade do degradador material de cumprir a obrigação.

Na subsidiariedade urbanístico-ambiental, por omissão do dever-poder de controle e fiscalização, não se encontram os mesmos fundamentos que a legitimam em outros campos do ordenamento, como no Direito do Trabalho. A um, porque não decorre de *culpa in vigilando* ou *in eligendo* do Estado, na medida em que, à exceção do caso em que há conluio entre o agente público e o degradador original, descabe atribuir relação de confiança entre este e o Poder Público; a dois, porque tampouco deflui de uma relação especial de subordinação, dependência ou de parentesco entre os co-devedores. Diferentemente, a inspirá-la estão razões de ordem social, política e econômica, mas também de justiça, já que seria desaconselhável chamar o Estado – que, fruto de sua posição anômala, ao final das contas, como representante da sociedade-vítima do dano urbanístico-ambiental, também é prejudicado –, a responder, na linha de frente, pela degradação materialmente causada por terceiro e que só a este beneficia ou aproveita.

Se por um lado é certo que, na sua origem, a responsabilidade estatal por omissão de dever-poder de implementação ambiental deriva da elevação do Estado, no âmbito constitucional, à posição de guardião-maior do meio ambiente ecologicamente equilibrado, também inequívoco que aos cofres públicos não se impinge a função de garante ou de segurador universal dos poluidores – seria um disparate. O compromisso do legislador é com as vítimas, não com os degradadores. Tão injusta e inadmissível quanto a regra, do Direito inglês medieval, de que o Rei nunca erra ou comete ilícito civil (“the king can do no wrong” ou princípio da irresponsabilidade civil do Estado), será o seu oposto, no extremo antagonístico, ou seja, querer atribuir todos os erros do mundo à conta do Rei (= o Estado moderno e os contribuintes).

Não destoia desse entendimento a melhor doutrina. Se é certo que “todas as atividades de risco ao meio ambiente estão sob controle do Estado e, assim sendo, em tese, o mesmo responde solidariamente pelo dano ambiental provocado por terceiros”, cautela deve existir para não se “adotar irrestritamente a regra da solidariedade do Estado pelo dano ambiental, pois responsabilizando irrestritamente o Estado quem está arcando com o ônus, na prática, é a própria sociedade” (José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala, *Dano Ambiental: Do Individual ao Coletivo Extrapatrimonial*, 2ª edição, São Paulo, 2003, p. 197).

Daí ser necessário deixar bem claro que, tendo por objetivo resguardar a plena solvabilidade financeira e técnica do crédito ambiental, não é desiderato da responsabilidade solidária e de execução subsidiária do Estado – sob pena de onerar duplamente a sociedade, romper a equação do princípio poluidor-pagador e inviabilizar a internalização das externalidades ambientais negativas, com a socialização da reparação ambiental, embora resguardada a privatização do lucro decorrente da degradação – substituir, mitigar, postergar ou dificultar o dever, a cargo do degradador material e principal, de recuperação integral do meio ambiente afetado e indenização pelos prejuízos causados.

Como conseqüência da solidariedade e por se tratar de litisconsórcio facultativo, cabe ao autor da Ação optar por incluir ou não o ente público na petição inicial. Realmente, a solidariedade passiva não impõe o litisconsórcio necessário, o que corresponderia a uma negação das suas funções originais. Bem acentua Washington de Barros Monteiro que uma de suas características é exatamente a “faculdade que tem o credor de exigir e receber a prestação do coobrigado que escolhe. A autoridade judiciária não tem direito de sobrepor-se a essa eleição, impondo ao autor a presença no feito de outros litigantes” (*Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações – 1ª Parte*, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 178).

Dois equívocos devem, contudo, ser afastados na análise desse tema. Primeiro, o de achar que a subsidiariedade da responsabilidade do Estado por omissão do dever-poder de controle e fiscalização – por atribuir ao Estado um lugar de reserva no comboio dos coobrigados ambientais, pela porta dos fundos fracionando o título – enfraquece a posição das vítimas e do meio ambiente degradado, diluindo o *favor debilis*, que é uma de suas marcas. Segundo, o de imaginar, como amiúde se verifica em certas Ações Cíveis Públicas, que o Estado deve, pelo simples fato de ser o guardião *ex lege* do meio ambiente e das gerações

futuras, constar, necessária e automaticamente, no pólo passivo de qualquer demanda por degradação ambiental e urbanística.

Naquele caso, o engano reside em esquecer que, na responsabilidade solidária de execução subsidiária, o Estado continua responsável e, eventualmente, será chamado a cumprir a decisão judicial, porém não na linha de frente, pois, se é verdade que foi omissivo, a pecha de degradador material não lhe é imputável.

Quanto ao segundo equívoco, por força da Constituição Federal e da legislação, é indubitável que compete à Administração Pública, sem possibilidade de escape ou de renúncia – por mais insensível e avesso à proteção ambiental que o comportamento de seus agentes possa, momentaneamente, indicar –, zelar pela harmonia ambiental e urbanística. Por isso, com frequência o melhor caminho, na perspectiva do pragmatismo judicial e da implementação em geral, é trazer a Administração para o campo da solução do problema, em vez de transformá-la em parte (no sentido vulgar, como no processual) do problema, o que ocorre de maneira inafastável quando, na esteira da sua presença no pólo passivo da Ação Civil Pública ou Ação Popular, a ela se atribui identidade formal com o degradador direto, transformando-os em *sócios processuais*. Identidade essa que não deriva, nem pode derivar, da realidade dos fatos ou da realidade jurídica, pois, como vimos, ao contrário do particular, a essência da responsabilidade da Administração em caso de omissão, por óbvio, não se assenta em termos de *ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda*. Daí o direito de regresso a que faz jus o Estado, quando, como devedor solidário, vier a pagar por todo o dano.

Esse entendimento foi asseverado, *mutatis mutandis*, pela Segunda Turma desta Corte no julgamento do Recurso Especial 647.493/SC (Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 22/10/2007), em que se discutiu a responsabilidade do Estado e das empresas mineradoras de carvão de Santa Catarina por danos ambientais. Consta do magnífico Voto-Condutor, da lavra do eminente Ministro João Otávio de Noronha:

Nada obstante a solidariedade do Poder Público, o certo é que as sociedades mineradoras, responsáveis diretas pela degradação ambiental, devem, até por questão de justiça, arcar integralmente com os custos da recuperação ambiental. E o fazendo o Estado, em razão da cláusula de solidariedade, a ele há de ser permitido o ressarcimento total das quantias despendidas, uma vez que, embora tenha sido omissivo, não logrou nenhum proveito com o evento danoso, este apenas beneficiou as empresas mineradoras.

Em face do dispositivo acima, entendo que a União não tem a faculdade de exigir dos outros devedores que solvam as quantias eventualmente despendidas, mas sim, o dever, pois há interesse público reclamando que o prejuízo ambiental seja ressarcido primeiro por aqueles que, exercendo atividade poluidora, devem responder pelo risco de sua ação, mormente quando auferiram lucro no negócio explorado.

6. *Caso concreto*

A bem elaborada e minuciosa petição inicial da Ação Civil Pública, movida pelo Promotor de Justiça Eurico Ferraresi, relata (fl. 8, grifei):

Pode-se observar que o Instituto Florestal, na vistoria realizada em 24 de julho de 1997, constatou a construção irregular no interior do Parque Estadual de Jacupiranga, elaborando um laudo e encaminhando-o à Promotoria de Justiça. Curiosamente, nesse próprio laudos os técnicos subscritores concluíram: 'Para fins da defesa do Patrimônio Imobiliário do Estado, alvo de esbulho possessório/turbação de posse por parte do infrator citado, há a necessidade da remoção das construções e desocupação, de acordo com o art. 18 do Decreto n. 42.079, de 13/08/97, e art. 502 do Código Civil'. Ora, ao que consta, nada disso foi feito pela Administração. Simplesmente elaborou um termo de embargo, quando *seria seu dever legal não apenas embargar como, por meios próprios, providenciar a demolição da obra.*

A área afetada é de densa floresta de Mata Atlântica, no meio da qual foi aberta uma grande clareira, construída uma casa de madeira e instaladas plantações e pocilga. O órgão ambiental informou que, quando da operação de fiscalização que levou ao embargo que se discute nos autos, "algumas construções irregulares, em andamento, foram imediatamente demolidas, usando-se do desforço" previsto na legislação (fl. 79). O Tribunal de origem condenou exclusivamente o particular a demolir e reparar o dano ambiental, com base no seguinte fundamento (fl.228):

O Estado exerceu o seu poder de polícia, embargando a obra irregular e, posteriormente, comunicando o fato em epígrafe ao Ministério Público [...] A não comunicação do fato à unidade competente da Procuradoria Geral do Estado, em princípio, está suprida pelo encaminhamento do auto de infração e termo de embargo ao Ministério Público estadual [...] Portanto, tal omissão, pura e simples, não tem o condão de gerar a responsabilização solidária do Estado em relação ao dano ambiental discutido em juízo [...] Assim, vislumbro a responsabilidade exclusiva da co-ré Marilda de Fátima Stankievski, a qual construiu uma obra

irregular no Parque Estadual de Jacupiranga e desenvolveu sua atividade no local, auferindo proveito econômico e social.

A premissa fática do acórdão recorrido evidencia que o Estado limitou-se a embargar a obra irregular realizada no Parque Estadual de Jacupiranga, de domínio público e proteção integral, deixando de adotar, contudo, medida efetiva a impedir a continuidade da degradação ambiental verificada à época e de exercer os remédios possessórios cabíveis, judiciais e extrajudiciais.

O poder de polícia ambiental, acima observamos, não se exaure com o embargo à obra, pois conhecidas são outras medidas administrativas das quais o Poder Público deve se valer para repreender e, antes, evitar o dano ambiental. Com efeito, sem prejuízo dos instrumentos previstos na legislação estadual pertinente e no Código Civil, o art. 72 da Lei 9.605/1998 enuncia sanções administrativas como advertência, multa diária e até mesmo a demolição da obra realizada sem observância às prescrições legais.

O Dr. Rogério Rocco Magalhães, Promotor de Justiça que também funcionou na demanda, resume corretamente o alcance da gravidade da omissão do Estado: “A responsabilidade estatal já decorria da ineficaz fiscalização da área. Consolidou-se quando, a despeito do atributo da auto-executoriedade, não promoveu a necessária demolição da obra e tampouco ajuizou ação de reintegração de posse em face do degradador” (fls. 183/184). Nem se alegue, como pretende a Fazenda do Estado de São Paulo, que “não pode ser penalizada porque prestigiou o Poder Judiciário, substituindo a ação física pela ação judicial” (fl. 72). O Judiciário não se sente lisonjeado quando a Administração o usa como biombo para omitir-se nas providências, judiciais e extrajudiciais, que a lei dela espera. A tolerância administrativa com o ilícito, ambiental ou não, ofende a lei e, por via de consequência, cobre de descrédito o legislador e aflige o Judiciário, ao transferir para ele demandas que deveriam ter sido resolvidas fora dele.

Nesse diapasão, conclui-se que o embargo à obra, sendo infrutífero, não desonera o Estado de prosseguir no exercício do seu dever de prevenir o dano ambiental sinalizado e restaurar o espaço degradado ao seu *status quo ante*. No caso concreto, o impacto da inércia estatal sobressai evidente do fato reconhecido pelo Tribunal *a quo*, embora por ele subestimado, de que o responsável direto pelo dano construiu irregularmente e desenvolvia atividade econômica no local.

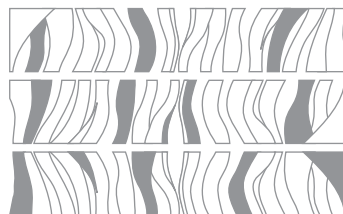
Constata-se, portanto, que a conduta omissiva do Estado foi ilícita e colaborou para a degradação ambiental constatada pelo Tribunal *a quo*, revelando

o nexo causal suficiente à sua responsabilização solidário-subsidiária, ressalvado o seu poder-dever de regresso contra o causador direto do dano.

Impende registrar que, conforme noticiam os autos, a área degradada já está ocupada por outro particular, e não mais pelo causador direto do dano. Essa situação concreta reforça a necessidade de que o Estado proceda à recuperação ambiental, em prol do interesse público.

Diante do exposto, *dou provimento ao Recurso Especial.*

É como *voto.*



Súmula n. 653

SÚMULA N. 653

O pedido de parcelamento fiscal, ainda que indeferido, interrompe o prazo prescricional, pois caracteriza confissão extrajudicial do débito.

Referência:

CTN, art. 174, IV.

Precedentes:

AgRg nos EREsp 1.037.426-RS (1ª S, 25.05.2011 – DJe 1º.06.2011)

**AgInt no AgRg
no REsp 1.480.908-RS (1ª T, 05.05.2020 – DJe 12.05.2020)
- acórdão publicado na íntegra**

AgInt no REsp 1.839.377-PE (1ª T, 26.10.2020 – DJe 28.10.2020)

AgInt nos EDcl
no REsp 1.830.355-PE (1ª T, 11.11.2020 – DJe 16.11.2020)

AgInt nos EDcl
no REsp 1.472.656-SP (1ª T, 07.12.2020 – DJe 11.12.2020)

AgInt no AREsp 1.689.747-RJ (1ª T, 29.03.2021 – DJe 06.04.2021)

REsp 1.369.365-SC (2ª T, 11.06.2013 – DJe 19.06.2013)

REsp 1.684.841-TO (2ª T, 21.09.2017 – DJe 09.10.2017)

REsp 1.728.845-SP (2ª T, 10.04.2018 – DJe 28.05.2018)

REsp 1.742.611-RJ (2ª T, 12.06.2018 – DJe 26.11.2018)

REsp 1.795.162-SP (2ª T, 21.03.2019 – DJe 22.04.2019)

AgInt no AREsp 1.584.351-SP (2ª T, 25.05.2020 – DJe 28.05.2020)

Primeira Seção, em 2.12.2021

DJe 7.12.2021

**AGRAVO INTERNO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO
ESPECIAL N. 1.480.908-RS (2014/0233299-2)**

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Agravante: Entrelinhas Comércio de Aviamentos Ltda

Advogados: Luiz Valcir Godinho Martins e outro(s) - RS033756

Christiane de Godoy Martins e outro(s) - RS041794

Agravado: Fazenda Nacional

Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

EMENTA

Tributário e Processual Civil. Agravo interno no agravo regimental no recurso especial. Execução fiscal. Pedido de adesão a parcelamento. Interrupção do prazo prescricional. Ocorrência. Prazo cuja contagem volta a fluir logo após a formulação do pedido do contribuinte. Agravo interno da contribuinte a que se dá provimento.

1. É firme o entendimento desta Corte de que o pedido de parcelamento fiscal interrompe o lapso da prescrição, ainda que indeferido, visto que configura confissão extrajudicial do débito, nos termos do art. 174, parág. único, IV do CTN.

2. Logo após a formulação do pedido de parcelamento, o lapso temporal prescricional interrompido volta a fluir normalmente, podendo o Fisco cobrar o valor remanescente. Precedente da lavra da eminente Ministra REGINA HELENA COSTA no AgInt no REsp 1.405.175/SE, DJe 12.5.2016, seguido pelo eminente Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES no AgInt no REsp 1.587.677/PR, DJe 19.12.2016.

3. Agravo Interno da Contribuinte a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr.

Ministro Gurgel de Faria, por unanimidade, dar provimento ao Agravo Interno, a fim de negar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de maio de 2020 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 12.5.2020

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Agravo Interno interposto por ENTRELINHAS COMÉRCIO DE AVIAMENTOS LTDA. contra decisão monocrática de minha lavra, assim ementada:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO DE ADESÃO AO PARCELAMENTO INDEFERIDO. INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DA FAZENDA NACIONAL PROVIDO PARA, RECONSIDERANDO A DECISÃO DE FLS. 412/415, DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

2. O agravante assevera que, conforme afirmou o próprio Procurador da Fazenda Nacional, *enquanto não deferido o parcelamento, a suspensão da exigibilidade do crédito ainda é uma expectativa de direito do contribuinte* (fls. 437), razão pela qual seria apenas uma expectativa de direito do contribuinte a suspensão do crédito enquanto não houver homologação; não havendo óbice para o Ente Público cobrar seu crédito, e, não o fazendo no prazo legal, haveria prescrição do seu direito de ação.

4. Não houve impugnação.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. É firme o entendimento desta Corte de que o pedido de parcelamento fiscal interrompe o lapso da prescrição, ainda que indeferido, visto que configura confissão extrajudicial do débito, nos termos do art. 174, parág. único, IV do CTN.

2. Todavia, logo após a formulação do pedido de parcelamento, o lapso temporal prescricional interrompido volta a fluir normalmente, podendo o Fisco cobrar o valor remanescente. A propósito, cita-se o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 03/STJ. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. EXECUÇÃO FISCAL. OPÇÃO DE PAGAMENTO À VISTA DO DÉBITO NOS MOLDES DA LEI N. 11.941/2009. NÃO HOMOLOGAÇÃO PELO FISCO. RECONHECIMENTO DO DÉBITO. PRESCRIÇÃO. INTERRUPTÃO.

1. Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC/1973.

2. "O pedido de parcelamento implica reconhecimento dos débitos tributários correspondentes pelo devedor, sendo causa de interrupção da prescrição, reiniciando-se a contagem do lapso prescricional a partir da apresentação desse requerimento administrativo" (AglInt no REsp 1.405.175/SE, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 12/05/2016).

3. Agravo interno não provido. (AglInt no REsp 1.587.677/PR, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 19.12.2016).

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. EXECUÇÃO FISCAL. PRAZO PRESCRICIONAL. PARCELAMENTO. APRESENTAÇÃO DO REQUERIMENTO. CAUSA INTERRUPTIVA. REINÍCIO DA CONTAGEM. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II - O acórdão recorrido está em confronto com orientação desta Corte, porquanto o pedido de parcelamento implica reconhecimento dos débitos tributários correspondentes pelo devedor, sendo causa de interrupção da prescrição, reiniciando-se a contagem do lapso prescricional a partir da apresentação desse requerimento administrativo.

III - A Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada.

IV - Agravo Regimental improvido (AglInt no REsp 1.405.175/SE, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 12.5.2016).

3. Na hipótese dos autos, após a confissão da dívida visando à adesão ao programa de parcelamento fiscal, houve constituição do crédito tributário em 2.4.1997, reiniciando, a partir de então, a contagem do prazo prescricional. Logo, correto o acórdão recorrido que entendeu ocorrente a prescrição, uma vez que os créditos tributários foram constituídos em 2.4.1997 e a execução somente foi ajuizada em 9.4.2002, ou seja, após o decurso do lustro prescricional.

4. Pelas razões expostas, dá-se provimento ao Agravo Interno da Contribuinte, a fim de negar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional, mantendo, na íntegra, o acórdão de origem. É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Trata-se de agravo interno interposto por ENTRELINHAS COMÉRCIO DE AVIAMENTOS LTDA. contra decisão do eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho que, em juízo de retração, reconsiderou o *decisum* de fls. 412/415, para dar provimento ao recurso especial da FAZENDA NACIONAL, a fim de determinar o retorno dos autos à origem para dar prosseguimento ao Executivo Fiscal (e-STJ fls. 428/431).

A parte agravante sustenta que, segundo aduz a própria Fazenda Nacional, enquanto não deferido o pedido de parcelamento, há mera expectativa de direito do contribuinte, de modo que não se pode falar em interrupção do prazo prescricional para cobrança do crédito tributário. Assim, segundo entende, se não foi exercido o direito de ação dentro do interregno de tempo entre o pedido de parcelamento, em 02/04/1997, e a citação, ocorrida em 13/11/2003, deve ser reconhecida a prescrição.

Segue afirmando que, ainda que “interrompida a prescrição nos termos do CTN 174, IV, uma vez que não suspendeu o crédito tributário, nos termos do CTN 151, VI que só estaria suspenso alcançada as condições, o período de tempo entre o pedido de parcelamento e o deferimento ou indeferimento do parcelamento não pode ser computado para reinício do prazo prescricional” (e-STJ fl. 440).

A parte agravada não apresentou impugnação (e-STJ fl. 445).

Na sessão de julgamento de 18/02/2020, após vista regimental, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator, votou pelo provimento do agravo interno, a fim de negar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, mantendo, assim, na íntegra, o acórdão proferido pelo Tribunal de origem.

Pedi vista dos autos para melhor exame da controvérsia.

Pois bem.

De início, cumpre registrar que “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo n. 2 – STJ).

A jurisprudência deste Tribunal é pacífica no sentido de que, antes da vigência da LC n. 118/2005, apenas a citação do executado interrompia a prescrição. Após, porém, a alteração do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, pela novel legislação, o marco interruptivo da prescrição é o despacho que ordena a citação do devedor, desde que esse despacho tenha sido proferido após 09/06/2005.

Importa destacar, ainda, que a orientação jurisprudencial firmada nesta Corte Superior, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, é no sentido de que a interrupção do prazo prescricional só retroage à data da propositura da ação executiva quando a demora na citação é imputada exclusivamente ao Poder Judiciário, conforme hipótese prevista na Súmula 106 do STJ, sendo que, antes da vigência da LC n. 118/2005, somente a citação válida provocava o efeito interruptivo da prescrição, nos termos do art. 174, I, do CTN.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. PRESCRIÇÃO. ART. 174, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO I DO CTN (REDAÇÃO ANTERIOR À LC 118/2005). INTERRUPÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. RESPONSABILIDADE PELA DEMORA NÃO ATRIBUÍDA À EXEQUENTE. REVISÃO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. RECURSOS REPRESENTATIVOS DE CONTROVÉRSIA: RESP 1.120.295/SP E 1.102.431/SP, AMBOS DA RELATORIA DO MINISTRO LUIZ FUX, DJE 21.5.2010 E 1.2.2010, RESPECTIVAMENTE. VALIDADE DA CDA. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS ATESTADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. HIGIDEZ DO TÍTULO. VERIFICAÇÃO. MODIFICAÇÃO DO JULGADO QUE REQUER O REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DO CONTRIBUINTE DESPROVIDO.

1. A 1ª Seção do STJ, em julgamento de recurso submetido à sistemática do art. 543-C do CPC, firmou o entendimento de que, mesmo nas Execuções Fiscais, a citação retroage à data da propositura da ação para efeitos de interrupção da prescrição, na forma do art. 219, § 1º do CPC, desde que não tenha havido inércia do exequente (REsp 1.120.295/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 21.5.2010).

2. Ademais, também sob o rito do art. 543-C do CPC, no julgamento do REsp 1.102.431/SP, da relatoria do eminente Ministro LUIZ FUX, DJe 1.2.2010, firmou-se a orientação nesta Corte de que rever a conclusão pela aplicação ou não da Súmula 106/STJ aos casos concretos é tarefa vedada nesta instância recursal, em razão do óbice da Súmula 7/STJ.

3. Se a instância de origem registra expressamente que a demora na citação não se deu por culpa da exequente, que envidou todos os esforços para realizar a citação dos réus, aplica-se a tese de incidência da Súmula 106 do STJ, na medida em que, consoante a orientação firmada na Súmula 7 do STJ, a aparente divergência a respeito de questão factual da causa não poderia ser dirimida no âmbito do Apelo Nobre.

4. É assente na jurisprudência desta Corte que a aferição da certeza e liquidez da CDA, bem como da presença ou não dos requisitos essenciais à sua validade implica reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado, nesta instância especial, em face do óbice constante da Súmula 7/STJ. Precedentes: AgRg no REsp 1.434.773/PR, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 25.8.2015; AgRg no AREsp 392.057/RS, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 21.8.2015.

5. Agravo Regimental do contribuinte a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 1.125.052/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 06/12/2016)

No mesmo sentido, *vide*: AgRg no AgRg no AgRg no AgRg no REsp 924.584/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 27/03/2015; AgRg no REsp 1.561.351/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 10/12/2015.

Na hipótese, sobre o tema, sustenta a parte agravante que deve ser observado como termo *ad quem* do prazo prescricional a data citação, ocorrida em 13/11/2003. Todavia, diante da retroação que se opera, conforme exposto, tal prazo finda na data do ajuizamento da execução fiscal, qual seja, no caso, em 09/04/2002, de modo que não há como prevalecer a tese deduzida, ressaltando que não há discussão a respeito de eventual demora na citação por ato imputável à exequente (Súmula 106 do STJ).

Para a solução da presente controvérsia, concorrem dois efeitos do parcelamento fiscal, a saber: a) suspensão da exigibilidade do crédito tributário, de que cuida o art. 151, VI, do CTN; b) interrupção do prazo prescricional, à luz do art. 174, parágrafo único, IV, do CTN, por configurar de ato extrajudicial que importa em reconhecimento do débito pelo contribuinte.

No tocante à suspensão da exigibilidade, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial representativo de controvérsia repetitiva, decidiu que o

pedido de parcelamento, por si só, não enseja suspensão da exigibilidade do crédito tributário, exigindo-se a homologação tácita ou expressa da autoridade administrativa.

Eis a ementa do acórdão:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO DE PARCELAMENTO FISCAL (PAES) PROTOCOLIZADO ANTES DA PROPOSITURA DO EXECUTIVO FISCAL. AUSÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA OU TÁCITA À ÉPOCA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PERFECTIBILIZADA APÓS O AJUIZAMENTO DA DEMANDA. EXTINÇÃO DO FEITO. DESCABIMENTO. SUSPENSÃO DO PROCESSO. CABIMENTO.

1. O parcelamento fiscal, concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica, é causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, à luz do disposto no artigo 151, VI, do CTN.

2. Conseqüentemente, a produção de efeitos suspensivos da exigibilidade do crédito tributário, advindos do parcelamento, condiciona-se à homologação expressa ou tácita do pedido formulado pelo contribuinte junto ao Fisco (Precedentes das Turmas de Direito Público: REsp 911.360/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18.03.2008, DJe 04.03.2009; REsp 608.149/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 09.11.2004, DJ 29.11.2004; REsp 430.585/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 03.08.2004, DJ 20.09.2004; e REsp 427.358/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 27.08.2002, DJ 16.09.2002).

3. A Lei 10.684, de 30 de maio de 2003 (em que convertida a Medida Provisória 107, de 10 de fevereiro de 2003), autorizou o parcelamento (conhecido por PAES), em até 180 (cento e oitenta) prestações mensais e sucessivas, dos débitos (constituídos ou não, inscritos ou não em Dívida Ativa, ainda que em fase de execução fiscal) que os contribuintes tivessem junto à Secretaria da Receita Federal ou à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional com vencimento até 28.02.2003 (artigo 1º).

4. A Lei 10.522/2002 (lei reguladora do parcelamento instituído pela Lei 10.684/2003), em sua redação primitiva (vigente até o advento da Medida Provisória 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009), estabelecia que:

“Art. 11. Ao formular o pedido de parcelamento, o devedor deverá comprovar o recolhimento de valor correspondente à primeira parcela, conforme o montante do débito e o prazo solicitado.

(...)

§ 4º Considerar-se-á automaticamente deferido o parcelamento, em caso de não manifestação da autoridade fazendária no prazo de 90 (noventa) dias, contado da data da protocolização do pedido.

(...)”

5. Destarte, o § 4º, da aludida norma (aplicável à espécie por força do princípio *tempus regit actum*), erigiu hipótese de deferimento tácito do pedido de adesão ao parcelamento formulado pelo contribuinte, uma vez decorrido o prazo de 90 (noventa) dias (contados da protocolização do pedido) sem manifestação da autoridade fazendária, desde que efetuado o recolhimento das parcelas estabelecidas.

6. *In casu*, restou assente na origem que:

“... a devedora formalizou sua opção pelo PAES em 31 de julho de 2003 (fl. 59). A partir deste momento, o crédito ora em execução não mais lhe era exigível, salvo se indeferido o benefício.

Quanto ao ponto, verifico que o crédito em foco foi realmente inserido no PAES, nada havendo de concreto nos autos a demonstrar que a demora na concessão do benefício deu-se por culpa da parte executada. Presente, portanto, causa para a suspensão da exigibilidade do crédito.

Agora, ajuizada a presente execução fiscal em setembro de 2003, quando já inexecutável a dívida em foco, caracterizou-se a falta de interesse de agir da parte exequente. Destarte, a extinção deste feito é medida que se impõe.”

7. À época do ajuizamento da demanda executiva (23.09.2003), inexistia homologação expressa ou tácita do pedido de parcelamento protocolizado em 31.07.2003, razão pela qual merece reparo a decisão que extinguiu o feito com base nos artigos 267, VI (ausência de condição da ação), e 618, I (nulidade da execução ante a inexigibilidade da obrigação consubstanciada na CDA), do CPC.

8. É que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, perfectibilizada após a propositura da ação, ostenta o condão somente de obstar o curso do feito executivo e não de extingui-lo.

9. Outrossim, não há que se confundir a hipótese prevista no artigo 174, IV, do CTN (causa interruptiva do prazo prescricional) com as modalidades suspensivas da exigibilidade do crédito tributário (artigo 151, do CTN).

10. Recurso especial provido, determinando-se a suspensão (e não a extinção) da demanda executiva fiscal. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 957.509/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/08/2010, DJe 25/08/2010).

Na oportunidade, firmou-se a tese, que constitui o Tema 365 dos recursos especiais repetitivos, *in verbis*: “A produção do efeito suspensivo da exigibilidade do crédito tributário, advindo do parcelamento, condiciona-se à homologação expressa ou tácita do pedido formulado pelo contribuinte junto ao Fisco.”

Registre-se que “a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (que implica óbice à prática de quaisquer atos executivos) encontra-se taxativamente prevista no art. 151 do CTN, sendo certo que a apresentação de recurso administrativo contra decisão que não homologa o pedido de parcelamento tributário, não ostenta o efeito de suspender o desenvolvimento do atos processuais na demanda de execução fiscal que visa outrossim satisfazer o respectivo crédito tributário” (AgInt no AREsp 1.008.523/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16/05/2017, DJe 22/05/2017) (grifos acrescidos).

Com efeito, se o crédito tributário objeto de parcelamento fiscal encontra-se definitivamente constituído, não há que se falar, em regra, na suspensão dos atos de cobrança, decorrente da interposição de recurso administrativo contra a decisão que, posteriormente, indefere o pedido de parcelamento.

Desse modo, para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário por força de parcelamento, o art. 151, VI, do CTN, o pedido administrativo, nesse sentido, deve ser homologado pela autoridade fiscal.

Ademais, eventual interposição de recurso na esfera administrativa contra a decisão que indefere esse requerimento não impede, em regra, o curso normal do feito executivo.

No tocante à contagem prazo prescricional, o Superior Tribunal de Justiça firmou a orientação jurisprudencial de que a adesão a programa de parcelamento fiscal ou seu mero requerimento, mesmo que indeferido o pedido, constitui causa de interrupção, por configurar inequívoca confissão extrajudicial do débito, nos termos do art. 174, parágrafo único, IV, do CTN, que prevê:

Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

(...)

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

Nesse sentido, confirmam-se as seguintes ementas de julgados de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção deste Tribunal:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. PEDIDO DE PARCELAMENTO TRIBUTÁRIO. INTERRUPTÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL.

1. *A jurisprudência desta Corte já se pronunciou no sentido de que o pedido de parcelamento interrompe o prazo prescricional, por constituir reconhecimento inequívoco do débito, nos termos do art. 174, parágrafo único, IV, do CTN, ainda que o parcelamento não tenha sido efetivado.*

2. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1.489.548/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 07/12/2016) (grifos acrescidos).

TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. ADESÃO A PROGRAMA DE PARCELAMENTO. INTERRUPTÃO. SÚMULA 7 DO STJ.

1. *O Superior Tribunal firmou orientação jurisprudencial no sentido de que a adesão a programa de parcelamento de crédito fiscal ou o seu mero requerimento, mesmo que indeferido o pedido, são causas de interrupção da contagem do prazo prescricional, por configurarem inequívoca confissão extrajudicial do débito, nos termos do art. 174, parágrafo único, IV, do CTN.*

2. Hipótese em que a Corte *a quo* afastou a alegação de prescrição dos débitos em debate, sob o fundamento de que a documentação juntada aos autos é suficiente para comprovar que a recorrente esteve em programa de parcelamento até 13/07/2012, quando ocorreu a sua exclusão formal.

3. Nesses termos, o acórdão recorrido decidiu a questão ventilada com base na realidade que se delineou à luz do suporte fático-probatório constante nos autos, cuja revisão é inviável no âmbito do recurso especial, ante o óbice estampado na Súmula 7 do STJ.

4. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 954.491/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 15/03/2018) (grifos acrescidos).

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. PARCELAMENTO. INTERRUPTÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL.

1. *O parcelamento da dívida tributária enseja a interrupção - e não a suspensão - do prazo prescricional, o qual recomeça a contar por inteiro a partir do inadimplemento. Precedentes.*

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.482.236/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 04/12/2014) (grifos acrescidos).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ARTIGO 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. PEDIDO DE PARCELAMENTO. CONCESSÃO DE LIMINAR EM ADI QUE QUESTIONA DISPOSITIVOS DA NORMA QUE DISCIPLINOU PARCELAMENTO. TRANSCURSO DO LUSTRO PRESCRICIONAL ENTRE O PEDIDO

DE PARCELAMENTO E O AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE CAUSAS SUSPENSIVAS DA PRESCRIÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Inexiste no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC.

2. *O pedido de parcelamento, a teor do art. 174, IV, do CTN, por implicar no reconhecimento do débito pelo devedor, interrompe a prescrição.*

3. Conforme decidido pela Primeira Seção desta Corte, em recurso representativo de controvérsia, “a produção de efeitos suspensivos da exigibilidade do crédito tributário, advindos do parcelamento, condiciona-se à homologação expressa ou tácita do pedido formulado pelo contribuinte junto ao Fisco” (REsp 957.506/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe 25/08/2010).

[...]

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AgRg no REsp 1.458.526/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015) (grifos acrescidos).

Ademais, interrompido o prazo prescricional com o pedido de parcelamento fiscal, seu reinício dá-se na mesma data do requerimento, considerando a existência de crédito tributário constituído definitivamente.

A propósito, colhem-se os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. EXECUÇÃO FISCAL. PRAZO PRESCRICIONAL. PARCELAMENTO. APRESENTAÇÃO DO REQUERIMENTO. CAUSA INTERRUPTIVA. REINÍCIO DA CONTAGEM. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II - *O acórdão recorrido está em confronto com orientação desta Corte, porquanto o pedido de parcelamento implica reconhecimento dos débitos tributários correspondentes pelo devedor, sendo causa de interrupção da prescrição, reiniciando-se a contagem do lapso prescricional a partir da apresentação desse requerimento administrativo.*

III - A Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada.

IV - Agravo Regimental improvido.

(AgInt no REsp 1.405.175/SE, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 12/05/2016) (grifos acrescidos).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 03/STJ. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. EXECUÇÃO FISCAL. OPÇÃO DE PAGAMENTO À VISTA DO DÉBITO NOS MOLDES DA LEI N. 11.941/2009. NÃO HOMOLOGAÇÃO PELO FISCO. RECONHECIMENTO DO DÉBITO. PRESCRIÇÃO. INTERRUPTÃO.

1. Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC/1973.

2. “O pedido de parcelamento implica reconhecimento dos débitos tributários correspondentes pelo devedor, sendo causa de interrupção da prescrição, reiniciando-se a contagem do lapso prescricional a partir da apresentação desse requerimento administrativo” (AgInt no REsp 1.405.175/SE, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 12/05/2016).

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1.587.677/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 19/12/2016) (grifos nossos).

Em outras palavras, a confissão de dívida, inerente ao pedido de parcelamento fiscal, interrompe o prazo prescricional, nos termos do art. 174, parágrafo único, IV, do CTN, que tem seu reinício na data de apresentação do requerimento administrativo. Todavia, o pedido devidamente homologado suspende a exigibilidade do crédito tributário em conformidade com o art. 151, VI, CTN.

No caso exame, as dívidas em debate nos autos foram objeto de pedido de parcelamento fiscal formulado em 02/04/1997, recomeçando a correr desta data o prazo prescricional. A autoridade tributária indeferiu o pedido em 15/06/2001, o que não surtiu efeitos relativamente ao curso do prazo de prescrição. Todavia, ajuizou as execuções fiscais tão somente em 09/04/2002 e 19/04/2002, quando já transcorrido integralmente o prazo prescricional de 5 (cinco) anos.

Transcrevo os seguintes excertos, que bem demonstram essa compreensão, *in verbis*:

Saliento que o cálculo da prescrição restou interrompido por força do art. 174, parágrafo único, IV, do CTN, em 02.04.1997. momento em que o contribuinte efetuou seu pedido de adesão ao parcelamento, recomeçando a partir dessa data

nova contagem do período prescricional de 5 anos. No mesmo sentido, cito os seguintes julgados, *verbis*:

[...]

Considerando que o parcelamento restou indeferido, os pagamentos realizados pela empresa devedora enquanto aguardava a manifestação da Autoridade Fiscal não interromperam o prazo prescricional em relação aos créditos tributários impagos.

[...]

Constato, ainda, que as execuções fiscais foram ajuizadas em 09.04.2002 (execuções fiscais n. 2002.71.00.009463-9, 2002.71.00.009476-7, 2002.71.00.009477-9) (evento 1 - outros 5 - p. 2; evento 1 - outros 12 - p. 2; evento 1 - outros 13 - p. 2) e 19.04.2002 (execução fiscal n. 2002.71.00.011377-4) (evento 1 - outros 15 - p. 2).

Consoante disposto no *caput* do art. 174 do CTN, 'a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva.'

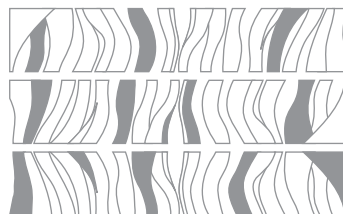
Considerando que a contagem da prescrição teve início em 02.04.1997. visto que o pedido de parcelamento restou indeferido pela Autoridade Fiscal, e tendo em vista que as execuções fiscais foram ajuizadas somente em 09.04.2002 e 19.04.2002. percebe-se que, quando do ajuizamento dos autos executivos, já havia transcorrido lapso superior a 5 anos, razão pela qual o reconhecimento da prescrição em relação aos créditos exequendos é medida que se impõe.

Cabe ressaltar que não há notícia de que o programa de parcelamento fiscal a que aderiu o contribuinte, em 1997, estabelecia alguma regra de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, a impedir a fluência do prazo prescricional, de maneira que o tema não restou prequestionado ou, melhor dizendo, sequer foi objeto de argumentação por parte da Procuradoria da Fazenda Nacional, seja nas instâncias ordinárias, seja na especial.

Nesse contexto, é de rigor reconhecer a prescrição dos créditos tributários em discussão, uma vez que, confessada a dívida por meio de pedido de parcelamento manifestado em 02/04/1997, somente vieram a ser objeto de cobrança judicial a partir de 09/04/2002, de modo que o acórdão recorrido não merece reparo.

Ante o exposto, acompanho o eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator, para DAR PROVIMENTO ao agravo interno do contribuinte, a fim de NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da Fazenda Nacional.

É como voto.



Súmula n. 654

SÚMULA N. 654

A tabela de preços máximos ao consumidor (PMC) publicada pela ABCFarma, adotada pelo Fisco para a fixação da base de cálculo do ICMS na sistemática da substituição tributária, não se aplica aos medicamentos destinados exclusivamente para uso de hospitais e clínicas.

Referência:

Lei n. 5.172/1966, art. 148.

Súmula n. 431-STJ.

Precedentes:

AgInt nos EREsp 1.237.400-BA (1ª S, 14.06.2017 – DJe 21.06.2017)

**AgInt nos EREsp 1.579.741-MG (1ª S, 28.05.2019 – DJe 31.05.2019) –
acórdão publicado na íntegra**

EDcl nos EDcl

no REsp 1.237.400-BA (1ª T, 26.04.2016 – DJe 02.05.2016)

REsp 1.229.289-BA (1ª T, 03.05.2016 – DJe 17.08.2016)

REsp 1.579.741-MG (2ª T, 15.12.2016 – DJe 02.02.2017)

Primeira Seção, em 24.08.2022

DJe 29.08.2022

**AgInt nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP nº 1579741 - MG
(2016/0018344-7)**

Relatora: Ministra Regina Helena Costa

Agravante : Estado de Minas Gerais

Procuradores: Sérgio Adolfo Eliazar de Carvalho e outro(s) - MG041311

Nabil El Bizri - MG046505

Agravado: Instituto Biochimico Industria Farmaceutica Ltda

Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin e outro(s) - Df002977

Aloisio Augusto Mazeu Martins e outro(s) - Mg062574

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS. COTEJO ANALÍTICO. INEXISTÊNCIA. ICMS/ST. BASE DE CÁLCULO. TABELA ABCFARMA. MEDICAMENTOS EXCLUSIVOS DE USO EM HOSPITAIS E CLÍNICAS. INAPLICABILIDADE. SÚMULA N. 168/STJ. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. MAJORAÇÃO. ART. 85, § 11, DO CPC/15. IMPOSSIBILIDADE.

I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II – Para a comprovação de divergência jurisprudencial, impõe-se que os acórdãos confrontados tenham apreciado matéria idêntica, à luz da mesma legislação federal, dando-lhes, porém, soluções distintas.

III – A ausência de similitude fático-jurídica entre os julgados confrontados impede o conhecimento dos embargos de divergência, que têm como escopo único uniformizar a jurisprudência do Tribunal, não se prestando para ser utilizado como via de rejuízo do Recurso Especial.

IV – Os Embargos de Divergência não podem ser conhecidos, nos casos em que a parte recorrente deixa de proceder ao cotejo analítico entre os acórdãos confrontados, com o escopo de demonstrar que partiram de situações fático-jurídicas idênticas e adotaram conclusões discrepantes.

V – Esta Corte firmou posicionamento segundo o qual a tabela de Preços Máximos ao Consumidor (PMC) publicada pela ABCFARMA, adotada pelo fisco para o estabelecimento da base de cálculo do ICMS/ST, não se aplica aos medicamentos destinados exclusivamente para uso de hospitais e clínicas.

VI – O Agravante não apresenta argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VII – Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvido do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

VIII – Impossibilitada a majoração de honorários nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015 em sede de agravo interno.

IX – Agravo Interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio

Kukina e Gurgel de Faria votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 28 de Maio de 2019 (Data do Julgamento)

Ministra Regina Helena Costa

Relatora

DJe 31.05.2019

RELATÓRIO

A Excelentíssima Senhora Ministra Regina Helena Costa: Trata-se de Agravo Interno interposto pelo **Estado de Minas Gerais** contra a decisão que não conheceu dos Embargos de Divergência em Recurso Especial, fundamentada na: I) Ausência de similitude-fática entre os acórdãos confrontados; II) Inexistência de cotejo analítico entre os arestos confrontados; e III) Incidência da Súmula n. 168, do Superior Tribunal de Justiça.

Sustenta o Agravante, em síntese, o seguinte (fls. 1.143/1.172e):

Ocorre, entretanto, que os embargos de divergência do Estado de Minas Gerais, ora Agravante, trouxeram acórdão paradigma onde houve a aplicação na mesma questão de fato, da tabela de preços do PMC – Preço Máximo ao Consumidor, publicada na revista ABCFRAMA, como base de cálculo do ICMS/ST, para medicamentos comprados por hospitais e clínicas.

[...]

A norma da cláusula segunda, caput e parágrafos, do Convênio ICMS 76/94, não traz qualquer exceção aos medicamentos de uso hospitalar restrito. E se assim não o faz, não cabe ao intérprete e aplicador da lei fazê-lo, baseado em interpretação e aplicação errônea de resolução de órgão estranho à Administração Fazendária, que não estipula base de cálculo, mas simplesmente proíbe publicação de preço na operação em questão.

[...]

Não é isso que se deduz das razões dos embargos de divergência, dado que houve a demonstração da divergência jurisprudencial, uma vez que se aplica em todas as circunstâncias, independente se os medicamentos são de uso restrito a hospitais e clínicas, a tabela da ABCFARMA, conforme Convênio ICMS, não há qualquer distinção, haja vista que tal novidade está sendo levantada somente nesse momento pelo Agravado, dado que mesmo o precedente utilizado como

forma de dar substância a sua pretensão, sequer adentrou o mérito dessa questão, pois tal precedente tirado em embargos de divergência do Estado da Bahia sequer foi conhecido pela 1ª Seção de Direito Público do STJ, ao fundamento da ausência de confronto analítico.

[...]

Então, a jurisprudência, que de fato é somente um precedente, pela qual a decisão ora agravada pretende fundamentar a aplicação da Súmula 168 do STJ a esses embargos de divergência do Estado de Minas Gerais, ora Agravante, foi tirado no julgamento dos embargos de divergência do Estado da Bahia, em face do mesmo ora embargado, que sequer foi conhecido no mérito pela Egrégia 1ª Seção do STJ.

Por fim, requer o provimento do recurso, a fim de que seja reformada a decisão impugnada ou, alternativamente, sua submissão ao pronunciamento do colegiado.

Impugnação às fls. 1.178/1.205e

É o relatório.

VOTO

A Excelentíssima Senhora Ministra Regina Helena Costa (Relatora): Por primeiro, consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

Não assiste razão ao Agravante.

É firme o posicionamento desta Corte segundo o qual, para a comprovação de divergência jurisprudencial, impõe-se que os acórdãos confrontados tenham apreciado matéria idêntica, à luz da mesma legislação federal, dando-lhes, porém, soluções distintas, conforme assentado pela Corte Especial deste Superior Tribunal:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO ANTES DE PUBLICADO O ACÓRDÃO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS. REITERAÇÃO. DESNECESSIDADE. SÚMULA 418/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. JUNTADA DE DOCUMENTO NOVO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. REGRA TÉCNICA DE CONHECIMENTO. INCLUSÃO DE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. SÚMULA 168/STJ.

1. Não incide no caso a Súmula 418/STJ. Em recente julgamento, a Corte Especial firmou orientação no sentido de que a única interpretação cabível para o mencionado enunciado “é aquela que prevê o ônus da ratificação do recurso interposto na pendência de embargos declaratórios apenas quando houver alteração na conclusão do julgamento anterior” (REsp 1.129.215/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 16/9/2015, DJe 3/11/2015).

Incidência da Súmula 168/STJ: “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.”
2. Não é possível o conhecimento do dissídio em relação à questão inerente à juntada de documento novo. Isso porque não há similitude fática entre os acórdãos confrontados. No caso dos autos, o acórdão embargado deixou claro que o documento juntado posteriormente já se encontrava em processo apenso aos autos. Por sua vez, todos os acórdãos paradigmas fazem referência a documentos reconhecidos como novos, o que difere do caso dos autos. Demais disso, a eventual juntada do documento do documento tido por novo pela embargante poderia eventualmente caracterizar erro de julgamento, o que não pode ser objeto de análise em sede de embargos de divergência.

3. A embargante pleiteia rever acórdão que superou a questão do conhecimento, para obstar a cognição do apelo especial do BACEN.

Porém, revela-se inviável rever - em embargos de divergência - o conhecimento do recurso especial.

4. A divergência quanto à preclusão não foi conhecida. Dois são os óbices. Ausência de cotejo analítico e ausência de similitude fática. Nem de longe foi demonstrada a similitude fático-jurídica entre os acórdãos em exame. Logo, está evidenciado o verdadeiro propósito do recorrente, que é o rejuízo da matéria.

Para que se comprove a divergência jurisprudencial, impõe-se que os acórdãos confrontados tenham apreciado matéria idêntica à dos autos, à luz da mesma legislação federal, dando-lhes, porém, soluções distintas.

5. No tocante à divergência sobre a inclusão dos expurgos inflacionários, o acórdão embargado está consentâneo com a orientação firmada nesta Corte, no sentido de que não “é cabível, após o trânsito em julgado da sentença homologatória, modificar o índice de correção monetária que já restou definido na conta, sob pena de ofensa à coisa julgada. Precedentes da Corte Especial” (EREsp 295.829/GO, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 3/2/2010, DJe 4/3/2010). Incide no caso, nesse ponto, portanto, o teor da Súmula 168/STJ, segundo a qual: “não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”.

6. A tese do não cabimento da concessão de verba honorária em pedido de expedição de precatório complementar não foi objeto de debate no acórdão embargado. Logo, também não demonstrada a similitude fático-jurídica entre os acórdãos confrontados.

Embargos de divergência não conhecidos.

(REsp 720.860/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 16/12/2015, DJe 24/02/2016) - destaquei.

No caso, o acórdão embargado decidiu acerca da aplicação da tabela de Preços Máximos ao Consumidor (PMC) publicada pela ABCFARMA, adotada pelo fisco para o estabelecimento da base de cálculo do ICMS/ST, aos medicamentos **destinados exclusivamente para uso de Hospitais e clínicas**, o que não foi objeto de discussão no acórdão paradigma.

A ausência de similitude fático-jurídica entre os acórdãos confrontados impediu o conhecimento dos embargos de divergência, que têm como escopo único uniformizar a jurisprudência do Tribunal, não se prestando para ser utilizado como via de rejuízo do Recurso Especial, como o demonstram os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EXAME DE ALEGADO DISSENSO SOBRE A EXISTÊNCIA DOS VÍCIOS DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE NO CASO CONCRETO. NÃO CABIMENTO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REGRA TÉCNICA DE CONHECIMENTO. SÚMULA 315/STJ.

1. O acórdão embargado decidiu as seguintes questões: a) ausência de violação do art. 535 do CPC/1973 pelo Tribunal a quo; b) incidência do óbice da Súmula 284/STF, no que concerne à alegada ofensa à coisa julgada e à preclusão; c) aplicabilidade da Súmula 7/STJ quanto ao tema da exigência de peça obrigatória à instrução do Agravo de Instrumento; d) declaração de tempestividade do Agravo de Instrumento, por estar demonstrada a ocorrência de erro material na certidão de fl. 123 e porque os Embargos de Declaração possuem efeito interruptivo sobre o prazo recursal; e) impossibilidade de conhecer da alegada divergência jurisprudencial, em razão da Súmula 7/STJ.

2. Como se verifica, salvo em relação à ofensa ao art. 535 do CPC/1973, o acórdão embargado, proferido no âmbito de Agravo, não conheceu do mérito do Recurso Especial, motivo pelo qual não se pode conhecer dos presentes Embargos de Divergência, nos termos da Súmula 315/STJ: "Não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial".

3. Consoante a jurisprudência do STJ, os Embargos de Divergência não são adequados à discussão sobre suposto dissenso a respeito dos vícios de omissão, de obscuridade e de contradição, o que demanda análise das particularidades de cada caso, e não propriamente do confronto de teses (AgRg nos EAREsp 380.942/ES, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, DJe 1º/7/2015; EDcl nos EREsp 1.395.398/CE, Rel. Ministro Raul Araújo, Corte Especial, DJe 2/2/2015).

4. Os Embargos de Divergência têm a finalidade de uniformizar a jurisprudência do Tribunal mediante o inarredável pressuposto de que, diante da

mesma premissa fática, os órgãos julgadores tenham adotado soluções jurídicas conflitantes. Não há como utilizá-lo da forma pretendida pela parte, ou seja, como meio adequado ao rejuízo do Recurso Especial (EAg 1.298.040/RS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, DJe 12/8/2013).

5. Agravo Interno não provido.

(AgInt nos EAREsp 315.046/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, julgado em 05.04.2017, DJe 25.04.2017).

Outrossim, anoto que o ora Agravante não demonstrou a divergência entre os julgados proferidos na forma preconizada pelo art. 266, § 1º, do Regimento Interno desta Corte, deixando de proceder ao cotejo analítico, com o escopo de demonstrar que partiram de situações fático-jurídicas idênticas e adotaram conclusões discrepantes, sendo inviável o conhecimento dos embargos de divergência, como estampam o julgado assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015 para o presente Agravo Interno, embora os Embargos de Divergência estivessem sujeitos ao Código de Processo Civil de 1973.

II - Os Embargos de Divergência não podem ser conhecidos, nos casos em que a parte recorrente deixa de proceder ao cotejo analítico entre os arestos confrontados, com o escopo de demonstrar que partiram de situações fático-jurídicas idênticas e adotaram conclusões discrepantes.

III - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

IV - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvido do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

V - Agravo Interno improvido.

(AgInt nos EDcl nos EREsp 1.111.425/SP, de minha relatoria, Primeira Seção, julgado em 08.08.2018, DJe 30.08.2018).

Ademais, há muito a Corte Especial deste Tribunal Superior pacificou entendimento, inclusive com a edição do enunciado Sumular n. 168/STJ, que dispõe: “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”.

O acórdão embargado seguiu orientação da jurisprudência desta Corte, segundo a qual, a tabela de Preços Máximos ao Consumidor (PMC) publicada pela ABCFARMA, adotada pelo fisco para o estabelecimento da base de cálculo do ICMS/ST, não se aplica aos medicamentos destinados exclusivamente para uso de hospitais e clínicas, como o demonstra o julgado assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. ICMS/ST. BASE DE CÁLCULO. SÚMULA 168/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Nos embargos de divergência é indispensável que a parte embargante mencione as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados (art. 1.043, § 4.º, do CPC/2015), o que inexistente no caso concreto.

2. Ademais, a orientação desta Corte firmou-se no sentido de que não se aplica os valores constantes da Revista ABCFarma quando se tratar de medicamentos destinados, exclusivamente, à administração hospitalar. Incidência da Súmula 168/STJ.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt nos EREsp 1237400/BA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 14.06.2017, DJe 21.06.2017)

In casu, adotando o acórdão embargado entendimento pacificado nesta Corte, revelam-se inadmissíveis os presentes embargos de divergência a teor da Súmula n. 168/STJ.

Assim, em que pesem as alegações trazidas, os argumentos apresentados são insuficientes para desconstituir a decisão impugnada.

No que se refere à aplicação do art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, a orientação desta Corte é no sentido de que o mero inconformismo com a decisão agravada não enseja a imposição da multa, não se tratando de simples decorrência lógica do não provimento do recurso em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso.

Nessa linha:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO EMBARGADO. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. ACÓRDÃOS PARADIGMAS. JUÍZO DE MÉRITO. INADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. NEGADO SEGUIMENTO AOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. MULTA E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Trata-se de Agravo Regimental ou interno, interposto em 05.05.2016, contra decisão publicada em 13/04/2016.

II. De acordo com o art. 546, I, do CPC/73, os Embargos de Divergência somente são admissíveis quando os acórdãos cotejados forem proferidos no mesmo grau de cognição, ou seja, ambos no juízo de admissibilidade ou no juízo de mérito, o que não ocorre, no caso. Incidência da Súmula 315/STJ.

III. Nos termos da jurisprudência desta Corte, “se o acórdão embargado decidiu com base na Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, falta aos embargos de divergência o pressuposto básico para a sua admissibilidade, é dizer, discrepância entre julgados a respeito da mesma questão jurídica. Se o acórdão embargado andou mal, qualificando como questão de fato uma questão de direito, o equívoco só poderia ser corrigido no âmbito de embargos de declaração pelo próprio órgão que julgou o recurso especial” (STJ, AgRg nos EREsp 1.439.639/RS, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador Convocado do TRF/1ª Região), PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 01.12.2015). Em igual sentido: STJ, AgRg nos EAREsp 556.927/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 18.11.2015; STJ, AgRg nos EREsp 1.430.103/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 15.12.2015; ERESP 737.331/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 09.11.2015.

IV. O mero inconformismo com a decisão agravada não enseja a necessária imposição da multa, prevista no § 4º do art. 1.021 do CPC/2015, quando não configurada a manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso, por decisão unânime do colegiado.

V. Agravo Regimental improvido.

(AgInt nos EREsp 1.311.383/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Primeira Seção, julgado em 14.09.2016, DJe 27.09.2016, destaque meu).

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO CONHECIDO APENAS NO CAPÍTULO IMPUGNADO DA DECISÃO AGRAVADA. ART. 1.021, § 1º, DO CPC/2015. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA APRECIADOS À LUZ DO CPC/73. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE NÃO CONHECEU DO RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. PARADIGMAS QUE EXAMINARAM O MÉRITO DA DEMANDA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. REQUERIMENTO DA PARTE AGRAVADA DE APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO § 4º DO ART. 1.021 DO CPC/2015. AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO.

1. Nos termos do art. 1.021, § 1º, do CPC/2015, merece ser conhecido o agravo interno tão somente em relação aos capítulos impugnados da decisão agravada.

2. Não fica caracterizada a divergência jurisprudencial entre acórdão que aplica regra técnica de conhecimento e outro que decide o mérito da controvérsia.

3. *A aplicação da multa prevista no § 4º do art. 1.021 do CPC/2015 não é automática, não se tratando de mera decorrência lógica do não provimento do agravo interno em votação unânime. A condenação do agravante ao pagamento da aludida multa, a ser analisada em cada caso concreto, em decisão fundamentada, pressupõe que o agravo interno mostre-se manifestamente inadmissível ou que sua improcedência seja de tal forma evidente que a simples interposição do recurso possa ser tida, de plano, como abusiva ou protelatória*, o que, contudo, não ocorreu na hipótese examinada.

4. Agravo interno parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido.

(AgInt nos EREsp 1.120.356/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 24.08.2016, DJe 29.08.2016, destaque meu).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. DENEGAÇÃO. INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO. DESPROVIMENTO. IMPUGNAÇÃO POR VIA DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO MANIFESTO. HIPÓTESE INADEQUADA. RECORRIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. JURISPRUDÊNCIA SEDIMENTADA. AGRAVO INTERNO. CARÁTER DE MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. COMINAÇÃO DE MULTA.

1. A denegação do mandado de segurança mediante julgamento proferido originariamente por Tribunal de Justiça ou por Tribunal Regional Federal desafia recurso ordinário, na forma do art. 105, inciso II, alínea “b”, da Constituição da República.

2. No entanto, quando impetrada a ação de mandado de segurança em primeiro grau de jurisdição e instada a competência do Tribunal local apenas por via de apelação, o acórdão respectivo desafia recurso especial, conforme o disposto no art. 105, inciso III, da Constituição da República.

3. Dessa forma, a interposição do recurso ordinário no lugar do recurso especial constitui erro grosseiro e descaracteriza a dúvida objetiva. Precedentes.

4. O agravo interno que se volta contra essa compreensão sedimentada na jurisprudência e que se esteia em pretensão deduzida contra texto expresso de lei enquadra-se como manifestamente improcedente, porque apresenta razões sem nenhuma chance de êxito.

5. A multa aludida no art. 1.021, §§ 4.º e 5.º, do CPC/2015, não se aplica em qualquer hipótese de inadmissibilidade ou de improcedência, mas apenas

em situações que se revelam qualificadas como de manifesta inviabilidade de conhecimento do agravo interno ou de impossibilidade de acolhimento das razões recursais porque inexoravelmente infundadas.

6. Agravo interno não provido, com a condenação do agravante ao pagamento de multa de cinco por cento sobre o valor atualizado da causa, em razão do reconhecimento do caráter de manifesta improcedência, a interposição de qualquer outro recurso ficando condicionada ao depósito prévio do valor da multa.

(AgInt no RMS 51.042/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28.03.2017, DJe 03.04.2017, destaque meu).

No caso, apesar do improvimento do Agravo Interno, não se configura a manifesta inadmissibilidade, razão pela qual deixo de impor a apontada multa.

Por fim, no que tange aos honorários advocatícios, da conjugação dos Enunciados Administrativos ns. 3 e 7, editados em 09.03.2016 pelo Plenário desta Corte, depreende-se que as novas regras relativas ao tema, previstas no art. 85 do Código de Processo Civil de 2015, serão aplicadas apenas aos recursos sujeitos à novel legislação, tanto nas hipóteses em que o novo julgamento da lide gerar a necessidade de fixação ou modificação dos ônus da sucumbência anteriormente distribuídos quanto em relação aos honorários recursais (§ 11).

Ademais, vislumbrando o nítido propósito de desestimular a interposição de recurso infundado pela parte vencida, entendo que a fixação de honorários recursais, em favor do patrono da parte recorrida, está adstrita às hipóteses de não conhecimento ou improvimento do recurso.

Quanto ao momento em que deva ocorrer o arbitramento dos honorários recursais (art. 85, § 11, do CPC/15), afigura-se-me acertado o entendimento segundo o qual incidem apenas quando esta Corte julga, pela vez primeira, o recurso, sujeito ao Código de Processo Civil de 2015, que inaugure o grau recursal, revelando-se indevida sua fixação em agravo interno e embargos de declaração.

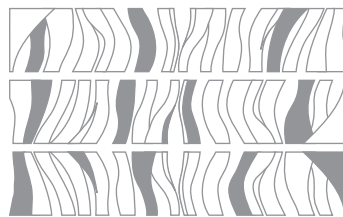
Registre-se que a possibilidade de fixação de honorários recursais está condicionada à existência de imposição de verba honorária pelas instâncias ordinárias, revelando-se vedada aquela quando esta não houver sido imposta.

Na aferição do montante a ser arbitrado a título de honorários recursais, deverão ser considerados o trabalho desenvolvido pelo patrono da parte recorrida e os requisitos previstos nos §§ 2º a 10 do art. 85 do estatuto processual civil de 2015, sendo desnecessária a apresentação de contrarrazões (*v.g.* STF, Pleno, AO

2.063 AgR/CE, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator para o acórdão Min. Luiz Fux, j. 18.05.2017), embora tal elemento possa influir na sua quantificação.

Assim, em sede de agravo interno, impossibilitada a majoração de honorários nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015.

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso.



Súmula n. 655

SÚMULA N. 655

Aplica-se à união estável contraída por septuagenário o regime da separação obrigatória de bens, comunicando-se os adquiridos na constância, quando comprovado o esforço comum.

Referência:

CC/1916, art. 258, parágrafo único, II (revogado).

CC/2002, art. 1.641, II.

Lei n. 12.344, de 09/12/2010.

Súmula n. 377-STF.

Precedentes:

**EREsp 1.171.820-PR (2ª S, 26.08.2015 – DJe 21.09.2015) –
acórdão publicado na íntegra.**

REsp 1.369.860-PR (3ª T, 19.08.2014 – DJe 04.09.2014)

REsp 1.403.419-MG (3ª T, 11.11.2014 – DJe 14.11.2014)

REsp 1.689.152-SC (4ª T, 24.10.2017 – DJe 22.11.2017)

Segunda Seção, em 09.11.2022

DJe 16.11.2022

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP N. 1.171.820 - PR
(2012/0091130-8)**

Relator: Ministro Raul Araújo

Embargante: G T N

Advogados: Carlos Alberto Farracha de Castro e outro(s)

Vanessa Abu-Jamra Farracha de Castro e Outro(s)

Leandro Rodrigues

Roberto Henrique Couto Corrieri

Advogada: Gabriela Guimaraes Peixoto

Embargado: M D L P S

Advogados: Ivan Xavier Vianna Filho

Ivan Xavier Vianna Filho e outro(s)

Angela Sassiotti Carneiro

EMENTA

Embargos de Divergência No Recurso Especial. Direito de Família. União estável. Companheiro sexagenário. Separação obrigatória de bens (CC/1916, art. 258, II; CC/2002, art. 1.641, II). Dissolução. Bens adquiridos onerosamente. Partilha. Necessidade de prova do esforço comum. Pressuposto da Pretensão. Embargos de Divergência providos.

1. Nos moldes do art. 258, II, do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos (matéria atualmente regida pelo art. 1.641, II, do Código Civil de 2002), à união estável de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens.

2. Nessa hipótese, apenas os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum na sua aquisição, devem ser objeto de partilha.

3. Embargos de divergência conhecidos e providos para negar seguimento ao recurso especial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide, preliminarmente, a Segunda Seção, por maioria, conhecer dos embargos de divergência, vencidos os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Antonio Carlos Ferreira. No mérito, a Seção, por maioria, decide dar provimento aos embargos de divergência para negar seguimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencido o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram, no mérito, com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Sustentaram, oralmente, o Dr. Carlos Alberto Farracha de Castro, pelo embargante G T N, e a Dra. Natália Bitencourt Gasparin, pela embargada M D L P S.

Brasília, 26 de agosto de 2015 (data do julgamento)

Ministro Raul Araújo, Relator

DJe 21.09.2015

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Raul Araújo: Cuida-se de embargos de divergência opostos por G T N contra acórdão da egrégia Terceira Turma, integrado pelo proferido em embargos de declaração, assim ementado:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. UNIÃO ESTÁVEL ENTRE SEXAGENÁRIOS. REGIME DE BENS APLICÁVEL. DISTINÇÃO ENTRE FRUTOS E PRODUTO.

1. Se o TJ/PR fixou os alimentos levando em consideração o binômio necessidades da alimentanda e possibilidades do alimentante, suas conclusões são infensas ao reexame do STJ nesta sede recursal.

2. O regime de bens aplicável na união estável é o da comunhão parcial, pelo qual há comunicabilidade ou meação dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união, prescindindo-se, para tanto, da prova de que a aquisição decorreu do esforço comum de ambos os companheiros.

3. A comunicabilidade dos bens adquiridos na constância da união estável é regra e, como tal, deve prevalecer sobre as exceções, as quais merecem interpretação restritiva, devendo ser consideradas as peculiaridades de cada caso.

4. A restrição aos atos praticados por pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos representa ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

5. Embora tenha prevalecido no âmbito do STJ o entendimento de que o regime aplicável na união estável entre sexagenários é o da separação obrigatória de bens, segue esse regime temperado pela Súmula 377 do STF, com a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo presumido o esforço comum, o que equivale à aplicação do regime da comunhão parcial.

6. É salutar a distinção entre a incomunicabilidade do produto dos bens adquiridos anteriormente ao início da união, contida no § 1º do art. 5º da Lei n.º 9.278, de 1996, e a comunicabilidade dos frutos dos bens comuns ou dos particulares de cada cônjuge percebidos na constância do casamento ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão, conforme previsão do art. 1.660, V, do CC/02, correspondente ao art. 271, V, do CC/16, aplicável na espécie.

7. Se o acórdão recorrido categoriza como frutos dos bens particulares do ex-companheiro aqueles adquiridos ao longo da união estável, e não como produto de bens eventualmente adquiridos anteriormente ao início da união, opera-se a comunicação desses frutos para fins de partilha.

8. Recurso especial de G. T. N. não provido.

9. Recurso especial de M. DE L. P. S. provido.

(REsp 1.171.820/PR, Rel. Ministro *Sidnei Beneti*, Rel. p/ acórdão Ministra **Nancy Andrighi**, Terceira Turma, DJe de 27/4/2011)

O embargante salienta, de início, que o acórdão embargado deu provimento ao recurso especial, para determinar o retorno do processo à origem a fim de que se proceda à partilha dos bens comuns do casal, declarando, por conseguinte, a presunção do esforço comum para a sua aquisição, porque, segundo defende, “embora tenha prevalecido no âmbito do STJ o entendimento de que o regime aplicável na união estável entre sexagenários é o da separação obrigatória de bens, segue esse regime temperado pela Súmula 377 do STF, com a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo presumido o esforço comum, o que equivale à aplicação do regime da comunhão parcial”.

Afirma, desse modo, que o acórdão impugnado divergiu do entendimento adotado no julgamento do REsp 646.259/RS, para o qual “apenas os bens adquiridos na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum, devem ser amealhados pela companheira, nos termos da Súmula n.º 377 do STF”. O aresto paradigma possui a seguinte ementa:

DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. ART. 258, § ÚNICO, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916.

1. Por força do art. 258, § único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de

sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou mulher maior de cinquenta.

2. Nesse passo, *apenas os bens adquiridos na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum, devem ser amealhados pela companheira, nos termos da Súmula n.º 377 do STF.*

3. Recurso especial provido. (grifou-se, Ministro **Luis Felipe Salomão**, Quarta Turma, DJe de 24.8/010).

Noutro passo, aduz que o aresto impugnado, ao considerar “que os bens particulares adquiridos ao longo da união estável são frutos e, portanto, comunicáveis”, contradiz o que foi decidido no REsp 775.471/RJ, para quem “viola o § 1º, do artigo 5º, da Lei 9.278/96 a determinação de partilhar frutos e/ou rendimentos advindos de bens herdados e/ou doados antes do reconhecimento da união estável”, visto que “os frutos dos bens que não se comunicam também não são partilháveis, pois igualmente refogem ao esforço comum, mas existem apenas em face da existência do próprio bem” (Rel. Ministro **Honildo Amaral de Mello Castro** (Desembargador Convocado do TJ/AP), Quarta Turma, DJe de 31/8/2010).

Por fim, afirma que o *decisum* contestado contradiz o entendimento adotado no julgamento do REsp 625.201/PB, para o qual “a controvérsia acerca da existência do esforço comum, que permitiria a meação, recai no reexame da prova, obstado, em sede especial, pela Súmula n. 7 do STJ” (Rel. Ministro **Aldir Passarinho Junior**, Quarta Turma, DJe de 28.10.2008).

Requeru o conhecimento e provimento dos presentes embargos de divergência para que prevaleça o entendimento exposto nos acórdãos paradigmas.

Os embargos de divergência foram admitidos pela decisão de fls. 2.568/2.570.

A parte embargada apresentou impugnação (na fl. 2.573).

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): De início, observa-se que os presentes embargos de divergência devem ser conhecidos, porquanto

as teses dissonantes foram suficientemente prequestionadas, a divergência foi satisfatoriamente demonstrada, de modo que o subscritor do recurso e o titular do certificado digital utilizado para assinar a transmissão eletrônica do documento são portadores dos necessários poderes, conforme se verifica nos instrumentos de mandato de fls. 2.450 e 2.451.

Noutro passo, no tocante à tese principal dos presentes embargos de divergência, verifica-se que a moldura fática dos arestos confrontados é idêntica: partilha de bens após a dissolução de união estável de sexagenário, contraída sob o regime do Código Civil de 1916, submetida ao regime da separação obrigatória de bens.

De fato, o aresto embargado cuida de hipótese de partilha de bens no caso de união estável de idosos, contraída sob o regime do Código Civil de 1916 e submetida, portanto, ao regime da separação obrigatória de bens.

Por sua vez, percebe-se que o aresto paradigma, REsp 646.259/RS, também trata de hipótese de divisão patrimonial em caso de união estável de idosos, contraída sob o regime do Código Civil de 1916 e submetida, portanto, ao regime da separação obrigatória de bens, sem embargo de ter sido suscitada em ação de inventário. Aqui, o fenômeno sucessório é elemento meramente circunstancial da tese ora discutida, o que não afasta a similitude fática entre os arestos confrontados, porque as eventuais peculiaridades da sucessão não foram levadas em conta, pois o que pretendia a convivente supérstite era a meação dos bens.

No tocante às demais teses trazidas neste recurso e aos respectivos paradigmas invocados, sua análise estará prejudicada com a decisão acerca da tese principal apontada.

A tese central da controvérsia cinge-se, portanto, em definir se, na hipótese de união estável envolvendo sexagenário e cinquentenária, mantida sob o regime da separação obrigatória de bens, a divisão entre os conviventes dos bens adquiridos onerosamente na constância da relação depende ou não da comprovação do esforço comum para o incremento patrimonial.

O v. acórdão embargado, reformando aresto do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - TJ/PR, considerou serem comunicáveis “os bens adquiridos onerosamente na constância da união, *sendo presumido o esforço comum*, o que equivale à aplicação do regime da comunhão parcial”.

A propósito, para um melhor esclarecimento da questão, confirmam-se os seguintes excertos do aresto embargado:

“A principal questão posta à análise por meio do recurso especial da ex-companheira tem suscitado posições antagônicas no âmbito das Turmas de Direito Privado que compõem a Segunda Seção do STJ. Isso porque, muito embora tenha sido pacificado o entendimento de que os sexagenários que contraem união estável devem submeter-se ao regime da separação obrigatória de bens, a celeuma persiste no tocante à forma de aplicação da Súmula 377 do STF, que diz da comunicabilidade dos bens adquiridos na constância da união.

Vale dizer, a lide resume-se a perquirir acerca da necessidade ou não da comprovação do esforço comum para a aquisição do patrimônio a ser partilhado, com a peculiaridade de que, no início da união estável, assim reconhecida pelo TJ/PR pelo período de 12 anos (de 1990 a 2002), um dos companheiros era sexagenário.”

Com o passar do tempo e a evolução jurisprudencial, passei a perfilar entendimento no sentido de que a comunicabilidade de bens adquiridos na constância da união estável é regra e, como tal, deve prevalecer sobre as exceções, que merecem interpretação restritiva, devendo ser consideradas as peculiaridades de cada caso (REsp 915.297/MG, DJe 3.3.2009, que apesar de tratar de hipótese distinta da em julgamento, conduz a idêntica conclusão no que respeita ao regime de bens em regra aplicável às uniões estáveis).

Isso porque, sob diversos e relevantes ângulos, há grandes e destacadas diferenças conceituais e jurídicas, de ordem teórica e prática, entre o casamento – em seu modo tradicional, solene, formal e jurídico de constituir família – e a união estável (REsp 736.627/PR, DJe 1º.7.2008).

Vale lembrar, ainda, o precedente derivado do julgamento do REsp 471.958/RS (DJe 18.2.2009), no qual se tratou de casamento entre sexagenários e não de união estável. Muito embora a configuração fática daquele processo fosse distinta da que se está julgando, o fundamento então utilizado é perfeitamente aplicável ao caso sob apreciação: o de que a restrição aos atos praticados por pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos não mais se justifica nos dias de hoje, de modo que a manutenção dessas restrições representa ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Para manter a coerência com as ideias contidas nos julgados de que participei, pinço o voto vencido no REsp 1.090.722/SP (DJe 30.8.2010), entretanto, curvando-me à jurisprudência pacificada no âmbito da 2ª Seção, no sentido de aplicar o regime da separação obrigatória de bens em hipóteses como a em apreço, considerando, sobretudo, a incidência, na espécie, do CC/16 e da Lei 9.278, de 1996, destaco que o regime da separação obrigatória segue temperado pela Súmula 377 do STF, com a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, sendo presumido o esforço comum.

E é exatamente nesse ponto do voto do i. Min. Relator que rogo as máximas vênias para dele divergir, pois, ao mesmo tempo em que adere ao posicionamento sufragado pela 3ª Turma e também pelo STF, a considerar presumido o esforço comum para a aquisição do patrimônio do casal, declara não haver espaço para

presunções ante a afirmação contida no acórdão recorrido de que a companheira não teria contribuído para a constituição do patrimônio a ser partilhado. Ora, se a hipótese é de presunção do esforço comum, é irrelevante a declaração contida no acórdão impugnado de que inexistente a colaboração mútua. Se essa contribuição é legalmente presumida, não há necessidade de ser perquirida a sua existência. Afinal, a questão jurídica posta a desate é exatamente a de se a hipótese é de presunção ou de comprovação do esforço comum. Aderindo-se ao posicionamento de que o esforço é presumido, afasta-se, por decorrência lógica, a necessidade de sua comprovação ou, ainda, de sua ausência, ou qualquer declaração a esse respeito contida no acórdão recorrido.

Avançando-se nessa ordem de ideias para adentrar nas peculiaridades da lide em julgamento e verificando-se que o patrimônio é composto apenas de bens imóveis e rendas provenientes de aluguéis oriundos desses mesmos imóveis, chega-se à conclusão de que, do ponto de vista prático, para efeitos patrimoniais, não há diferença no que se refere à partilha dos bens com base no regime da comunhão parcial ou no da separação legal contemporizado pela Súmula 377 do STF.

Assim acontece porque, ao sofrer essa contemporização, o regime da separação legal adquire contornos idênticos aos da comunhão parcial de bens, que permite a comunicação dos aquestos. As feições de ambos os regimes – o da comunhão parcial e o da separação legal – portanto, confundem-se, ante a incidência da Súmula 377 do STF.” (grifou-se, nas fls. 2.354/2.364).

Ao revés, o aresto paradigma defende que são comunicáveis os bens adquiridos na constância da união, desde que comprovado o esforço comum para o incremento patrimonial.

Para chegar à conclusão que adota, o v. acórdão ora embargado invoca o enunciado da *Súmula 377/STF*, que diz: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”

Cabe definir, então, se a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento ou da união depende ou não da comprovação do esforço comum, ou seja, se esse esforço deve ser presumido ou precisa ser comprovado. Noutro giro, se a comunhão dos bens adquiridos pode ocorrer, desde que comprovado o esforço comum, ou se é a regra.

Tem-se, assim, que a adoção da compreensão de que o esforço comum deve ser presumido (por ser a regra) conduz à ineficácia do regime da separação obrigatória (ou legal) de bens, pois, para afastar a presunção, deverá o interessado fazer prova negativa, comprovar que o ex-cônjuge ou ex-companheiro em nada contribuiu para a aquisição onerosa de determinado bem, conquanto tenha

sido a coisa adquirida na constância da união. Torna, portanto, praticamente impossível a separação dos aquestos.

Por sua vez, o entendimento de que a comunhão dos bens adquiridos pode ocorrer, desde que comprovado o esforço comum, parece mais consentânea com o sistema legal de regime de bens do casamento, recentemente confirmado no Código Civil de 2002, pois prestigia a eficácia do regime de separação legal de bens. Caberá ao interessado comprovar que teve efetiva e relevante (ainda que não financeira) participação no esforço para aquisição onerosa de determinado bem a ser partilhado com a dissolução da união (prova positiva).

Disposta a controvérsia nesse moldes, com a devida vênia da divergência, deve prevalecer o entendimento adotado no v. acórdão paradigma, por ser mais consentâneo com aquilo que vem sendo preconizado pelas modernas doutrina e jurisprudência, conforme pode ser verificado na lição de *Arnaldo Rizzardo*:

“A questão, no entanto, era e continuará sendo um tanto controvertida, lembrando que coincidem o direito antigo e o atual a respeito. Uns defendem a comunicação dos bens amealhados durante o matrimônio. Outros mostram-se ortodoxamente contra.

Há uma súmula do Supremo Tribunal Federal, de nº 377, nos seguintes termos: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Como se observa, busca-se imprimir certa flexibilidade ao sistema de separação ordenado por lei, ou de separação obrigatória, e não ao convencional.

Assim manifesta-se Caio Mário da Silva Pereira: “A nós nos parece que se o Código instituiu a comunicabilidade ‘no silêncio do contrato’ (referindo-se ao art. 258), somente teve em vista a situação contratual, pois, se desejasse abranger, no mesmo efeito, a separação compulsória, aludiria à espécie em termos amplos, e não restritivos ao caso, em que o contrato é admitido. Não o fez, e ainda proibiu a doação de um cônjuge a outro, o que revela o propósito, interdizendo as liberalidades, de querer uma separação pura de patrimônios. Este objetivo ainda vem corroborado pela legislação subsequente: no momento em que votou a Lei nº 4.121, de 1962, e conhecendo a controvérsia, podia o legislador estatuir desde logo a comunhão de aquestos nos casos de separação obrigatória. Longe disto, e ao revés, preferiu atribuir à viúva o usufruto de parte do espólio, a romper as linhas do regime de separação”. O art. 258, no texto mencionado, está substituído pelo art. 1.640 do atual Código.

Já Maria Helena Diniz, após retratar a posição doutrinária e jurisprudencial divergente, inclina-se em sentido contrário: “Parece-nos que a razão está com os que admitem a comunicabilidade dos bens futuros, no regime de separação obrigatória, desde que sejam produto do esforço comum do trabalho e economia

de ambos, ante o princípio de que entre os consortes se constitui uma sociedade de fato, como se infere no Código Civil, art. 1.276, alusivo às sociedades civis e extensivo às sociedades de fato ou comunhão de interesses". O citado art. 1.276 encontra regra equivalente no art. 641 do Código de 2002.

O fator determinante da comunhão dos aquestos está na conjugação de esforços que se verifica durante a sociedade conjugal, ou na *affectio societatis* própria das pessoas que se unem para uma atividade específica.

Acontece, no dizer de Washington de Barros Monteiro, "o estabelecimento de verdadeira sociedade de fato, ou comunicação de interesses entre os cônjuges. Não há razão para que os bens fiquem pertencendo exclusivamente a um deles, desde que representam trabalho e economia de ambos. É a consequência que se extrai do art.1.376 do Código Civil, referente às sociedades de fato ou comunhão de interesses". O art. 1.376, invocado acima, não tem disposição equivalente no atual Código.

A jurisprudência salienta idênticas razões: "Embora o regime dos bens seja o da separação, *consideram-se pertencentes a ambos os cônjuges, metade a cada um, os bens adquiridos na constância da sociedade conjugal com o produto do trabalho e da economia de ambos*. Não há razão para que tais bens fiquem pertencendo exclusivamente ao marido. Não é de se presumir que só o marido ganhe dinheiro e possa adquirir bens. Nas famílias pobres a mulher trabalha e aufera recursos pecuniários, havendo casais em que só ela sustenta a família

..."

A interpretação se alastrou pelos pretórios de todo o País e do Supremo Tribunal Federal, embora, não raramente, entendimentos diferentes se fazem sentir.

Orlando Gomes apontava mais razões, reportando-se em antiga doutrina: "A matéria suscita controvérsia doutrinária e enseja dissídio jurisprudencial. Sustentam, dentre outros, que a separação é absoluta: Savóia de Medeiros, Oliveira e Castro, Clóvis Beviláqua, Pontes de Miranda, Carvalho Santos e Caio Mário. Do outro lado, encontram-se Eduardo Espínola, Vicente Ráo, Philadelpho de Azevedo, Francisco Morato e Cândido de Oliveira. A idéia de que a comunicação dos bens adquiridos na constância do matrimônio anularia o efeito protetor da exigência da separação cede diante do princípio de que, entre os cônjuges, e até entre os concubinos, se constitui uma *societas generales questuaria, sendo os aquestos produto do esforço comum*".

No regime de separação legal, a exegese mais correta é a que sustenta a comunicabilidade dos aquestos, *quando formados pela atuação comum do marido e da mulher*. Se na sociedade de fato prevalece tal solução, quanto mais no casamento, que é um plus, uma união institucionalizada e protegida por todos os ordenamentos jurídicos. Esta posição encontra inspiração na equidade e na lógica do razoável, formada que foi pelos motivos subjacentes da Súmula n. 377.

Com isso, se atinge efetivamente o desiderato da lei, feita em uma época em que os matrimônios realizados por interesse eram mais frequentes, que é desestimular as uniões meramente especulativas.

(...)

Comunicam-se, de acordo com uma corrente, os aquestos provenientes do esforço conjugado dos nubentes, da colaboração mútua, do trabalho harmônico, e não surgidos da atividade isolada de um deles. Todavia, para caracterizar a sociedade na constituição do capital, importa a participação do cônjuge na atividade de qualquer tipo, mesmo na restrita às lides domésticas. A exigência dos requisitos se assemelha aos estabelecidos para a união estável pura e simples, nunca se olvidando a necessidade de se verificar o esforço comum, que não se constata quando um dos cônjuges não passa de um mero convivente, ou acompanhante, em nada atuando na vida conjugal, sendo sustentado, tudo recebendo, e não aportando com nenhuma contribuição na formação do patrimônio. Isto para evitar o extremo oposto do objetivado pela criação jurisprudencial, consistente na exploração de pessoas que se aproveitam de outras emotiva e afetivamente mais frágeis e carentes.

Por tal razão, deve-se adotar com cautela a orientação emanada dos tribunais, e em especial do Superior Tribunal de Justiça, como, dentre outros, do Recurso Especial na 1.615, da 3ª Turma, julgado em 13.02.1990, DI de 12.03.1990: “Casamento. Regime de bens. Separação legal. Súmula 377 do STF Quando a separação de bens resulta apenas de imposição legal, comunicam-se os aquestos, não importando que hajam sido ou não adquiridos com o esforço comum”.

Em verdade, mais condizente com a sã justiça é o entendimento como o seguinte, ementado no Recurso Especial na 9.938, da 4ª Turma da mesma Corte, julgado em 9.06.1992, DI de 3.08.1992: “Em se tratando de regime de separação obrigatória (Código Civil, art. 258), comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum. O enunciado na 377, da Súmula do STF, deve restringir-se aos aquestos resultantes da conjugação de esforços do casal, em exegese que se afeiçoa à evolução do pensamento jurídico e repudia o enriquecimento sem causa”.

Em suma, parece mais consoante com a realidade a orientação ditada nesta última linha, e que combina com antigo aresto do STF: “O esforço comum é o traço que imprime aos aquestos a força de sua comunicabilidade, não sendo outro o pensamento dominante na jurisprudência”.

(Direito de Família. 8ª. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 594/596; grifou-se).



Esse é também o entendimento majoritário no seio da eg. Segunda Seção desta Corte, conforme se depreende do julgamento de significativo precedente em que se deliberava sobre união estável não submetida ao regime de separação obrigatória de bens:

RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. INÍCIO ANTERIOR E DISSOLUÇÃO POSTERIOR À EDIÇÃO DA LEI 9.278/96. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE ANTES DE SUA VIGÊNCIA.

1. Não ofende o art. 535 do CPC a decisão que examina, de forma fundamentada, todas as questões submetidas à apreciação judicial.

2. A ofensa aos princípios do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada encontra vedação em dispositivo constitucional (art. 5º XXXVI), mas seus conceitos são estabelecidos em lei ordinária (LINDB, art. 6º). Dessa forma, não havendo na Lei 9.278/96 comando que determine a sua retroatividade, mas decisão judicial acerca da aplicação da lei nova a determinada relação jurídica existente quando de sua entrada em vigor - hipótese dos autos - a questão será infraconstitucional, passível de exame mediante recurso especial. Precedentes do STF e deste Tribunal

3. *A presunção legal de esforço comum na aquisição do patrimônio dos conviventes foi introduzida pela Lei 9.278/96, devendo os bens amealhados no período anterior à sua vigência, portanto, ser divididos proporcionalmente ao esforço comprovado, direito ou indireto, de cada convivente, conforme disciplinado pelo ordenamento jurídico vigente quando da respectiva aquisição (Súmula 380/STF).*

4. *Os bens adquiridos anteriormente à Lei 9.278/96 têm a propriedade - e, conseqüentemente, a partilha ao cabo da união - disciplinada pelo ordenamento jurídico vigente quando respectiva aquisição, que ocorre no momento em que se aperfeiçoam os requisitos legais para tanto e, por conseguinte, sua titularidade não pode ser alterada por lei posterior em prejuízo ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito (CF, art. 5, XXXVI e Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º).*

5. Os princípios legais que regem a sucessão e a partilha de bens não se confundem: a sucessão é disciplinada pela lei em vigor na data do óbito; a partilha de bens, ao contrário, seja em razão do término, em vida, do relacionamento, seja em decorrência do óbito do companheiro ou cônjuge, deve observar o regime de bens e o ordenamento jurídico vigente ao tempo da aquisição de cada bem a partilhar.

6. *A aplicação da lei vigente ao término do relacionamento a todo o período de união implicaria expropriação do patrimônio adquirido segundo a disciplina da lei anterior, em manifesta ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito.*

Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1.124.859/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, *Rel. p/ acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti*, Segunda Seção, julgado em 26/11/2014, DJe de 27/2/2015)

Da mesma forma, significativos julgados oriundos da Terceira e da Quarta Turma chegam a essa mesma solução, conforme pode ser verificado nos seguintes julgados:

CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA. BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA CONVIVÊNCIA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO ESFORÇO COMUM. PRECEDENTE. ALTERAR A CONCLUSÃO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA DE QUE NÃO HOUE A DEMONSTRAÇÃO DO ESFORÇO COMUM NA AQUISIÇÃO DO PATRIMÔNIO. REEXAME DE PROVAS. NECESSIDADE. INCIDE A SÚMULA Nº 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. *A Terceira Turma do STJ, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.403.419/MG, julgado aos 11/11/2014, da relatoria do Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, firmou o entendimento de que a Súmula nº 377 do STF, isoladamente, não confere ao companheiro o direito de meação aos frutos produzidos durante o período de união estável independentemente da demonstração do esforço comum.*

2. Alterar a conclusão do Tribunal a quo de que não houve a comprovação do esforço comum na aquisição ou manutenção do patrimônio do ex-companheiro falecido demanda o reexame do conjunto fático-probatório do autos, o que não é possível de ser feito em recurso especial, a teor da Súmula nº 7 do STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 675.912/SC, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 2/6/2015, DJe de 11/6/2015)

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. ART. 1.641, II, DO CÓDIGO CIVIL (REDAÇÃO ANTERIOR À LEI Nº 12.344/2010). REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO LEGAL. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. COMPROVAÇÃO. BENFEITORIA E CONSTRUÇÃO INCLUÍDAS NA PARTILHA. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. É obrigatório o regime de separação legal de bens na união estável quando um dos companheiros, no início da relação, conta com mais de sessenta anos, à luz da redação originária do art. 1.641, II, do Código Civil, a fim de realizar a isonomia no sistema, evitando-se prestigiar a união estável no lugar do casamento.

2. *No regime de separação obrigatória, apenas se comunicam os bens adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum, sob pena de se desvirtuar a opção legislativa, imposta por motivo de ordem pública.*

3. Rever as conclusões das instâncias ordinárias no sentido de que devidamente comprovado o esforço da autora na construção e realização de benfeitorias no terreno de propriedade exclusiva do recorrente, impondo-se a partilha, demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que é inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1.403.419/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe de 14/11/2014)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL COM PARTILHA DE BENS. FILHO DO COMPANHEIRO FALECIDO CONTRA A COMPANHEIRA SUPÉRSTITE. OMISSÕES NÃO VERIFICADAS. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. ESPÓLIO. DESCARACTERIZAÇÃO. BENS ADQUIRIDOS ANTES DA LEI N. 9.278/1996. ESFORÇO COMUM E BENS RESERVADOS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

1. Violação do art. 535 do CPC inexistente, tendo em vista que o Tribunal de origem enfrentou e decidiu, fundamentadamente, todas as questões vinculadas aos dispositivos referidos, o que satisfaz o indispensável prequestionamento e afasta qualquer omissão acerca dos mencionados temas.

2. Quanto ao art. 46 do CPC, tal dispositivo refere-se a litisconsórcio facultativo, não a litisconsórcio passivo necessário.

Por isso, sua eventual ausência não implica nulidade processual.

Ademais, o inciso I do art. 46 do CPC impõe que haja “comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide”, o que não ocorre neste processo entre a ré e o espólio. Ao contrário, o espólio tem direitos, obrigações e interesses antagônicos aos da ré, ora recorrente, que não deseja partilhar determinados bens, ou seja, não admite que tais bens integrem o espólio nem que sejam partilhados no inventário.

3. Relativamente ao art. 47 do CPC, tal norma dispõe que haverá litisconsórcio necessário “quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes”. Esse requisito, entretanto, não se encontra caracterizado nos presentes autos, cabendo destacar que a postulação inicial dirige-se, exclusivamente, contra a recorrente, ré, tendo em vista que ela é quem supostamente estaria omitindo bens partilháveis. A condenação, assim, nunca se dará contra o espólio, mas, apenas, em desfavor da ré, que, reitere-se, possui direitos, obrigações e interesses contrários aos daquele. Não há falar, portanto, em decisão “de modo uniforme” para a ré e para o espólio nos presentes autos.

4. Segundo a jurisprudência firmada na QUARTA TURMA, “a presunção legal de esforço comum na aquisição do patrimônio dos conviventes foi introduzida pela Lei 9.278/96, devendo os bens amealhados no período anterior a sua vigência, portanto, serem divididos proporcionalmente ao esforço comprovado, direto ou indireto, de cada convivente, conforme disciplinado pelo ordenamento jurídico vigente quando da respectiva aquisição (Súmula 380/STF)”. Isso porque “os bens adquiridos anteriormente à Lei 9.278/96 têm a propriedade - e, conseqüentemente, a partilha ao cabo da união - disciplinada pelo ordenamento jurídico vigente quando respectiva aquisição, que ocorre no momento em que se aperfeiçoam os requisitos legais para tanto e, por conseguinte, sua titularidade não pode ser alterada por lei posterior em prejuízo ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito (CF, art. 5, XXXVI e Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º)” (REsp n. 959.213/PR, Rel. originário Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. para

acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe de 10.9.2013). Entendimento mantido pela Segunda Seção no REsp n.1.124.859/MG, Rel. originário Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. para acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 26.11.2014.

5. No caso concreto, afastada a presunção disciplinada na Lei n. 9.278/1996, cabe ao autor comprovar que a aquisição de bens antes da vigência do referido diploma decorreu de esforço comum, direto ou indireto, entre seu genitor e a ré durante a união estável, sendo vedada a inversão do ônus da prova, sob pena de violação do art. 333, I, do CPC.

6. Recurso especial provido.

(REsp 1.118.937/DF, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 24/2/2015, DJe de 4/3/2015)

Nessa ordem de ideias, deve prevalecer o entendimento exposto no julgado paradigma, do qual se transcreve o excerto seguinte, decalcando-o como integrante das razões de decidir dos presentes embargos:

“4. Resta o exame da questão relativa à alegada comunicação dos aquestos, no regime da súmula 377, STF, aplicada ao caso em concreto, que está assim redigida: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

4.1. Nesse passo, apenas os bens adquiridos na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum, devem ser amealhados pela companheira, nos termos da Súmula n.º 377 do STF.

Necessário ressaltar a importância da demonstração do esforço comum, mesmo porque, a prevalecer tese contrária, estar-se-ia igualando o regime de separação legal obrigatória ao regime da comunhão parcial de bens. A partir de uma interpretação autêntica, percebe-se que o Pretório Excelso, de fato, estabeleceu que somente mediante o esforço comum entre os cônjuges (no caso, companheiros) é que se defere a comunicação dos bens, seja para o caso de regime legal ou convencional (RTJ 47/614). A propósito, confirmam o entendimento do Ministro Décio Miranda, no RE n. 93.153/RJ:

“Trata-se, pois, de questão resolvida à consideração de não haver o cônjuge-mulher concorrido com o seu esforço para aquisição de tais bens, sendo assim a eles inaplicável o enunciado da Súmula 377, que segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, somente concerne aos bens adquiridos, na constância do casamento, mediante esforço comum dos cônjuges, e não a todos e quaisquer bens advindos a um deles.”

4.2. *Nem cabe aqui agitar o fato de que a Lei n. 9.278/96, no seu art. 5º, contempla presunção de que os bens adquiridos durante a união estável são “fruto do trabalho*

e da colaboração comum”, porquanto tal presunção, por óbvio, somente tem aplicabilidade em caso de incidência do regime próprio daquele Diploma, regime este afastado, no caso ora examinado, por força do art. 258, § único, inciso II, do Código Civil de 1916.

Em realidade, cuidando-se de união estável de pessoa sexagenária, a presunção que emerge da realidade dos fatos é exatamente outra, porque, ordinariamente, nessa faixa etária, o patrimônio já se encontra estabilizado e eventual acréscimo, de regra, é proveniente de esforço próprio em tempos passados ou de sub-rogação de bens já existentes.

Ademais, os conviventes, cômicos e seguros das conseqüências legais em relação ao patrimônio comum, por óbvio que podem regular a distribuição dos bens, conferindo as titularidades de acordo com sua efetiva vontade e esforço.”

Por fim, não se desconhece a existência da presunção legal de esforço comum, prevista pelo art. 5º da Lei 9.278/96, segundo a qual “os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito”.

Todavia, é inaplicável ao caso o indigitado dispositivo contido na Lei que regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal e reconhece “a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”, sem estabelecer exceção à normatização especial da convivência contraída por idosos, que é caracterizada pela separação de bens.

Com efeito, a separação obrigatória de bens foi prevista pelo art. 258, II, do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos (matéria atualmente regida pelo art. 1.641, II, do Código Civil de 2002), para o casamento das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento, dos que dependerem, para casar, de suprimento judicial e dos idosos, como no caso.

Em suma, no regime do Código Civil de 1916, a união estável de pessoas com mais de 50 anos (se mulher) ou 60 anos (se homem), à semelhança do que ocorre com o casamento, também é obrigatória a adoção do regime de separação de bens, pois “não parece razoável imaginar que, a pretexto de se regular a união entre pessoas não casadas, o arcabouço legislativo acabou por estabelecer mais direitos aos conviventes em união estável (instituto menor) que aos cônjuges” (REsp 646.259/RS, *Rel. Ministro Luis Felipe Salomão*).

Nesse contexto, os embargos de divergência devem ser providos para negar seguimento ao especial, sem alteração do acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que constatou a “ausência do esforço comum na aquisição dos bens”.

Por via de consequência, ficam prejudicadas as demais alegações dos embargos de divergência.

Ante o exposto, conheço dos embargos de divergência e dou-lhes provimento para negar seguimento ao recurso especial.

É como voto.

VOTO-VENCIDO

O Exmo. Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Sr. Presidente, no mérito, reafirmo minha posição perante a Terceira Turma, que constou do acórdão embargado.

Apenas enfatizo que o que se fez, na verdade, foi uma aplicação da regra do art. 5º da Lei n. 9.278 de 1996, que estabelece exatamente essa presunção legal do esforço comum.

A interpretação que está sendo feita, no fundo, está reconhecendo, conforme referido no voto do eminente Relator, a inconstitucionalidade desse artigo em face do § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

E seria efetivamente hipótese de inconstitucionalidade, pois a Constituição Federal é de 1988 e a Lei é de 1996.

Assim, para se alcançar o resultado pretendido pelo eminente Relator, é necessário reconhecer que esse dispositivo legal é inconstitucional ao menos em relação às pessoas com idade superior a 60 (sessenta anos).

Consequentemente, não podemos decretar essa inconstitucionalidade aqui na Seção, sob pena de violação da súmula vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal acerca da reserva de plenário.

Exatamente por esses fundamentos, além de reafirmar meu voto, coloco essa questão para a discussão e já adianto meu voto, então, no sentido de desacolher os embargos de divergência.

É o voto.

VOTO

Ministra Maria Isabel Gallotti: Sr. Presidente, peço vênia novamente ao Ministro Paulo de Tarso Sanseverino para acompanhar integralmente o voto do eminente Relator.

Penso que não há necessidade de declaração de inconstitucionalidade da Lei 9.278/96, que estabeleceu presunção de esforço comum em relação aos bens adquiridos onerosamente no curso da união estável. Isso porque o que entendeu o voto do eminente Relator foi que essa Lei se aplica à união estável desde que não de sexagenários. No caso de sexagenários, a regência é do dispositivo da lei civil que determina a separação obrigatória, aplicando-se, pois, a mesma regra prescrita no Código de 1916 para o regime de bens de casamento a partir de 60 anos. Portanto, não é o caso de suprimir por inconstitucionalidade esse dispositivo, mas estabelecer as suas hipóteses de incidência. Se se aplicasse essa presunção de esforço comum para sexagenários que, aos invés de se casar formalmente, optassem por estabelecer uma relação informal, estar-se-ia conferindo maiores direitos àqueles que se unem informalmente após a idade legal, 60 (sessenta) anos no Código anterior e 70 (setenta) anos no Código atual, do que àqueles que, na mesma época, com a mesma idade, decidissem se casar, aos quais a Lei impõe a separação obrigatória.

Portanto, a meu ver, não é uma questão de inconstitucionalidade, mas estabelecer quais são as hipóteses de incidência do art. 5º da Lei n. 9.278/1996.

Ademais, observo que não foi apenas isso o que fez o acórdão ora embargado. A consequência da negativa de provimento a esses embargos seria dar um regramento ainda mais benéfico para a embargante do que a presunção esforço comum nos termos da Lei n. 9.278/1996.

Com efeito, o que entendeu a Seção, no precedente de minha relatoria, também mencionado no voto do eminente Relator - em que se tratava de união estável de pessoas que não eram sexagenárias - foi que a propriedade de cada bem se adquire de acordo com a regra legal vigente no momento da aquisição desse bem. Então, todos os bens adquiridos antes da entrada em vigor da Lei n. 9.278/1996 tinham a sua propriedade disciplinada pelo ordenamento jurídico anterior, que não estabelecia essa presunção legal de esforço comum. No caso dessa união estável ora examinada, a qual começou em 1990, e terminou após a vigência da mencionada lei, o que deveria ter sido deferido à embargante, não fosse a condição de sexagenário do varão, seria apenas a presunção legal de esforço quanto aos bens adquiridos após 1996, e não a almejada meação de

todos os bens adquiridos durante a união, mesmo antes de 1996, sem prova de esforço comum.

De qualquer forma, aquele precedente não cuidava da situação de sexagenários, ao contrário do que acontece com o acórdão invocado como paradigma e ao contrário da solução dada pelo voto do Ministro Raul Araújo, que acompanho integralmente, com a devida vênia da divergência.

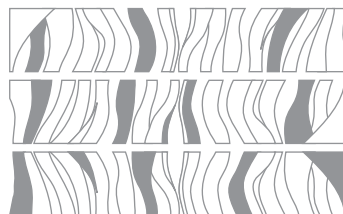
VOTO-PRELIMINAR (VENCIDO)

O Exmo. Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Sr. Presidente, quanto à preliminar, peço vênia ao Ministro *Raul Araújo* para acompanhar a divergência inaugurada pelo Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*. Voto pelo *Não Conhecimento*.

VOTO-MÉRITO

O Exmo. Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Sr. Presidente, inicialmente, cumprimento os advogados pelas sustentações orais, pela elegância na tribuna, pela competência e combatividade.

Superada a questão da admissibilidade dos embargos de divergência, peço vênia ao Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino* para acompanhar o Ministro Relator.



Súmula n. 656

SÚMULA N. 656

É válida a cláusula de prorrogação automática de fiança na renovação do contrato principal. A exoneração do fiador depende da notificação prevista no art. 835 do Código Civil.

Referência:

CC/2002, art. 835.

Lei n. 8.245, de 18/10/1991, art. 39.

Lei n. 12.112, de 09/12/2009, art. 2º.

Súmula n. 214 do STJ.

Precedentes:

**REsp 1.253.411-CE (2ª S, 24.06.2015 – DJe 04.08.2015) –
acórdão publicado na íntegra.**

REsp 1.412.372-SC (3ª T, 07.04.2015 – DJe 15.04.2015)

REsp 1.428.271-MG (3ª T, 28.03.2017 – DJe 30.03.2017)

REsp 1.502.417-MG (3ª T, 18.05.2017 – DJe 26.05.2017)

REsp 1.656.633-SP (3ª T, 15.08.2017 – DJe 22.08.2017)

REsp 1.607.422-SP (3ª T, 17.10.2017 – DJe 17.11.2017)

REsp 1.673.383-SP (3ª T, 11.06.2019 – DJe 19.06.2019)

REsp 1.326.557-PA (4ª T, 13.11.2012 – DJe 03.12.2012)

REsp 1.374.836-MG (4ª T, 03.10.2013 – DJe 28.02.2014)

Segunda Seção, em 09.11.2022

DJe 16.11.2022

RECURSO ESPECIAL N. 1.253.411 - CE (2011/0114771-5)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: José Raimundo Guterres Filho E Outro

Advogado: Felipe Silveira Gurgel Do Amaral E Outro(S)

Recorrido: Caixa Econômica Federal

Advogado: Carlos Alberto Regueira De Castro E Silva E Outro(S)

Recorrido: Ego - Empresa Geral De Obras S/A

Advogado: Valter Sérgio Duarte Furtado

EMENTA

Fiança. Recurso Especial. Prorrogação de fiança em Contrato Bancário. Julgamento afetado À Segunda Seção para pacificação da matéria no âmbito do STJ. Contrato Bancário. Caracteriza-se por ser, em regra, cativo e de longa duração, Prorrogando-se sucessivamente. Fiança prevendo claramente sua prorrogação, caso ocorra a da avença principal. Interpretação extensiva. Inexistência. Aplicação da mesma exegese pacificada no âmbito do STJ - Antes mesmo da nova redação conferida ao art. 39 Da Lei do Inquilinato pela Lei n. 12.112/2009 - No tocante à admissão da prorrogação da fiança em Contrato de Locação, quando expressamente prevista na pactuação acessória. Fiadores que, durante o prazo de prorrogação contratual, não promoveram notificação resilitória, nos moldes do disposto no art. 835 do CC. Pretensão de exoneração da fiança. Inviabilidade.

1. A fiança foi pactuada para garantia fidejussória de dívida de sociedade empresária da qual eram sócios os recorrentes, previamente definido o montante e a possibilidade de prorrogação da avença principal e da acessória, constando da sentença que a presente ação de exoneração da fiança somente foi proposta após o ajuizamento anterior, pelo Banco, da ação de execução em face da devedora principal e dos fiadores.

2. A prorrogação do contrato principal, a par de ser circunstância prevista em cláusula contratual - previsível no panorama contratual -, comporta ser solucionada adotando-se a mesma diretriz conferida para fiança em contrato de locação - antes mesmo da nova redação do art. 39 da Lei do Inquilinato pela Lei n. 12.112/2009 -, pois é a mesma matéria disciplinada pelo Código Civil.

3. A interpretação extensiva da fiança constitui em utilizar analogia para ampliar as obrigações do fiador ou a duração do contrato acessório, não o sendo a observância àquilo que foi expressamente pactuado, sendo certo que as causas específicas legais de extinção da fiança são taxativas.

4. Com efeito, não há falar em nulidade da disposição contratual que prevê prorrogação da fiança, pois não admitir interpretação extensiva significa tão somente que o fiador responde, precisamente, por aquilo que declarou no instrumento da fiança.

5. Porém, independentemente das disposições contratuais, é reconhecida a faculdade do fiador de, no período de prorrogação contratual, promover notificação resilitória, nos moldes do disposto no art. 835 do Código Civil.

6. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da *Segunda Seção* do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Raul Araújo.

Brasília, 24 de junho de 2015 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 04.08.2015

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Luis Felipe Salomão: 1. José Raimundo Guterres Filho e Aurila Martins Guterres ajuizaram, em 16 de junho de 1995, “ação ordinária de exoneração de fiança” em face de Ego-Empresa Geral de Obras S.A. e Caixa Econômica Federal. Narram que firmaram fiança em contrato de empréstimo celebrado pela Ego-Empresa Geral de Obras S.A. e Caixa Econômica Federal. Afirmam que o valor do empréstimo, segundo a cláusula primeira da avença principal, correspondia ao montante de Cr\$ 1.937.205.630,57 (um bilhão novecentos e trinta e sete milhões duzentos e cinco mil seiscentos e trinta cruzeiros e cinquenta e sete centavos), estando a afiançada inadimplente, sem que até a presente data tenha providenciado o pagamento do “débito de sua estrita obrigação”. Ponderam que a dívida, compreendendo o principal e acessórios, venceu, de forma automática e antecipada, inclusive no tocante ao prazo contratual, sem que tivesse lhes sido comunicada a inadimplência. Argumentam que os arts. 1.499 e 1.500 do CC/1916 estabelecem que o fiador pode exigir que o devedor satisfaça a obrigação e que pode se exonerar da fiança, que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier.

O Juízo da 6ª Vara da Seção Judiciária do Ceará julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Interpuseram os autores apelação para o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que negou provimento ao recurso.

A decisão tem a seguinte ementa:

CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. FIANÇA. FINANCIAMENTO. ATIVIDADE EMPRESARIAL. CONSUMO INTERMEDIÁRIO. CDC. NAO APLICAÇÃO. FIANÇA PRESTADA POR SOCIOS. PREVISIBILIDADE DO ÔNUS ASSUMIDO. BENEFÍCIO INDIRETO. RENÚNCIA À POSSIBILIDADE DE EXONERAÇÃO. CLÁUSULA CONTRATUAL.

VALIDADE.

1. Como o financiamento tomado pela empresa em favor de quem os Apelantes prestaram fiança dirigiu-se à construção de unidades habitacionais para venda a terceiros, cuidando-se, portanto, de hipótese de consumo intermediário, não é aplicável ao caso sob exame o Código de Defesa do Consumidor, nos termos da jurisprudência do STJ.

2. Os Apelantes, ao contrário do afirmado na apelação, tinham, na impugnação à contestação por eles apresentada (fis. 57159), confessado que, à época da celebração do contrato, eram sócios da empresa em questão.

3. Nas hipóteses de contratos por prazo determinado que sofrem prorrogação posterior, por prazo determinado ou indeterminado, como é o caso das locações

de imóveis, ou naquelas em que a fiança é prestada em favor de empresa para operações contratuais que atingem, inclusive, período posterior à retirada do sócio da sociedade, a jurisprudência tem dado interpretação estrita ao limites do contrato de fiança e considerado inválida a cláusula de renúncia prévia à possibilidade de exoneração, pois, em ambas essas hipóteses, há a imposição de responsabilidade por obrigações que exorbitam o âmbito da previsibilidade contratual normal existente no momento da prestação da fiança e não há obtenção de benefícios indiretos pelo fiador.

4. O caso dos autos não se enquadra em nenhuma dessas hipóteses, sendo, ao contrário, situação na qual os Apelantes, então sócios da empresa em favor da qual prestada a fiança, assumiram essa obrigação em relação à totalidade do valor mutuado à época e renunciaram, expressamente, à possibilidade de exoneração da obrigação fidejussória, estando, por conseguinte, as obrigações assumidas dentro da previsibilidade da vontade então manifestada e havendo benefício indireto aos Autores em função do financiamento realizado.

5. As causas do inadimplemento contratual são irrelevantes para fins da pretensão dos Apelantes de exoneração da obrigação de fiança, podendo, quando muito, ser objeto de exame em ação própria na qual discutida a própria higidez do débito cobrado.

6. Não provimento da apelação.

Opostos embargos de declaração, foram parcialmente acolhidos apenas para sanar omissões, alinhavando: a) a diminuta participação acionária dos embargantes na empresa tomadora do empréstimo não está demonstrada, e não seria suficiente para os desonerar da fiança; b) o valor total do empréstimo tomado pela empresa da qual os embargantes eram sócios já estava fixado no momento em que assumiram a fiança, estando dentro da previsibilidade, por isso irrelevante que a vigência do contrato tenha se prolongado.

Interpuseram os apelantes (autores) recurso especial, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, sustentando violação aos arts. 1.491, 1.500 e 1.501 do CC/1916.

Alegam que ajuizaram ação vindicando a exoneração do contrato acessório de fiança que firmaram com a Caixa Econômica Federal e a anulação da cláusula que vedava a renúncia à condição de fiador. Dizem que a avença foi prorrogada por motivos alheios aos fiadores, sendo incontroverso ter havido a prorrogação do contrato principal.

Afirmam não ter validade a cláusula contratual estabelecendo a anuência dos fiadores quanto a permanecerem como responsáveis solidários pela quitação da dívida, com seus acréscimos e renúncia aos benefícios previstos nos arts. 1.491, 1.500 e 1.503 do CC/1916.

Ponderam que as relações jurídicas, para que atendam aos anseios das partes envolvidas, não de trazer consigo ônus e bônus àqueles que a elas se submetem, por isso a cláusula contratual tem caráter abusivo, pois, embora a legislação admita a renúncia ao benefício de ordem, deve-se contemplar a interpretação teleológica dos dispositivos tidos por violados, a fim de compatibilizar o contrato à lei.

Repisam que houve alteração das condições iniciais, pois ocorreu o prolongamento da avença, “sem qualquer intervenção dos recorrentes -, a referida cláusula acabou por carrear uma desconexão silogística com o ordenamento jurídico pátrio, razão pela qual deve ser invalidada”.

Asseveram que, conforme precedente do STJ, não pode o fiador ser responsabilizado perpetuamente por obrigações futuras, resultantes da prorrogação do contrato por prazo determinado, pois “tão importante quanto a previsibilidade do valor total mutuado é a previsibilidade” do tempo pelo qual o fiador se manterá como garante da avença principal.

Acenam que não houve benefício indireto, pois só seria cabível se participassem razoavelmente dos lucros obtidos com o empreendimento, todavia tinham apenas 1,5% das ações da sociedade empresária mutuária, “que, aliada à posterior retirada destes da sociedade, carrega a completa falta de razoabilidade da fiança perpetrada”.

Em contrarrazões, afirma a recorrida que: a) o recurso tem caráter protelatório; b) não houve demonstração de afronta à lei federal e de divergência jurisprudencial; c) o acórdão recorrido está em conformidade com a lei federal, não havendo razão para reforma.

O recurso especial foi admitido.

É o Relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. A principal questão a ser apreciada consiste em saber se, havendo previsão contratual de manutenção da fiança - garantia prestada em contrato de mútuo bancário com valor definido -, em caso de prorrogação do contrato principal, o pacto acessório também é prorrogado automaticamente.

É incontroverso que a fiança era para garantia fidejussória de dívida de sociedade empresária da qual eram sócios os recorrentes, previamente definido

o montante e a possibilidade de prorrogação da avença principal e da acessória, constando da sentença que a presente ação de exoneração da fiança somente foi proposta após o ajuizamento anterior, pelo banco, da ação de execução em face da devedora principal e dos fiadores.

A sentença apurou:

No mérito, pretendem os autores a exoneração de garantia fidejussória prestada em contrato de empréstimo efetuado entre a CEF e a empresa EGO S/A para a execução de empreendimento habitacional. Aduzem que referida garantia, concedida sem limitação de tempo, e nos termos dos artigos 1.499 e 1500 do Código Civil, poderá ser passível de exoneração sempre que convier ao fiador.

13. *Convém, inicialmente, atentar para o fato de que, nos termos da informação de fis. 66 dos autos, referido empréstimo é objeto da Ação de Execução de nº 94.0010044-2, que tramita na 3ª Vara Federal, ajuizada, em 05.10.94 (anteriormente ao presente feito), pela Caixa Econômica contra a EGO- EMPRESA GERAL DE OBRAS S/A, seus representantes e os fiadores da transação, entre eles, os autores do presente feito, visto encontrarem-se inadimplentes.*

[...]

18. Assim, mais incoerente ainda se torna a pretensão dos autores de exonerarem-se da garantia prestada voluntariamente, após o ajuizamento de ação de execução contra eles. *Até porque trata-se de fiança prestada por prazo indeterminado mas com o intuito de garantir negócio com prazo determinado, pelo que tal garantia, tendo caráter acessório, segue o destino do negócio principal, extinguindo-se com a extinção deste.*

19. Reforce-se por fim, que os promoventes renunciaram, expressamente, na mesma cláusula sexta do aludido contrato, aos benefícios previstos nos artigos 1.491, 1.500 e 1.503 do Código Civil, inviabilizando, de vez, a exoneração perseguida.

20. O Colendo Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento nesse sentido:

O acórdão recorrido dispôs:

De início, como o financiamento tomado pela empresa em favor de quem os Apelantes prestaram fiança dirigiu-se à construção de unidades habitacionais para venda a terceiros, cuidando-se, portanto, de hipótese de consumo intermediário, não é aplicável ao caso sob exame o Código de Defesa do Consumidor, nos termos da jurisprudência do STJ:

[...]

Os Apelantes, ao contrário do afirmado na apelação, tinham, na impugnação à contestação por eles apresentada (fls. 57/59), confessado que, à época da celebração do contrato, eram sócios da empresa em questão.

Nas hipóteses de contratos por prazo determinado que sofrem prorrogação posterior, por prazo determinado ou indeterminado, como é o caso das locações de imóveis, ou naquelas em que a fiança é prestada em favor de empresa para operações contratuais que atingem, inclusive, período posterior à retirada do sócio da sociedade, a jurisprudência tem dado interpretação estrita ao limites do contrato de fiança e considerado inválida a cláusula de renúncia prévia à possibilidade de exoneração, pois, em ambas essas hipóteses, há a imposição de responsabilidade por obrigações que exorbitam o âmbito da previsibilidade contratual normal existente no momento da prestação da fiança e não há obtenção de benefícios indiretos pelo fiador.

Contudo, o caso dos autos não se enquadra em nenhuma dessas hipóteses, sendo, ao contrário, situação na qual os Apelantes, então sócios da empresa em favor da qual prestada a fiança, assumiram essa obrigação em relação à totalidade do valor mutuado à época e renunciaram, expressamente, à possibilidade de exoneração da obrigação fidejussória, estando, por conseguinte, as obrigações assumidas dentro da previsibilidade da vontade então manifestada e havendo benefício indireto aos Autores em função do financiamento realizado.

Além disso, as causas do inadimplemento contratual são irrelevantes para fins da pretensão dos Apelantes de exoneração da obrigação de fiança, podendo, quando muito, ser objeto de exame em ação própria na qual discutida a própria higidez do débito cobrado.

O acórdão dos embargos de declaração, a seu turno, complementou:

A alegada diminuta participação societária (1,5% de suas ações) dos Embargantes na empresa tomadora do empréstimo objeto dos autos não está documentalmente provada nos autos e, ademais, não seria suficiente para desonerá-los da responsabilidade pela fiança prestada em relação a esse empréstimo, pois, ainda, assim, estaria presente o benefício indireto em seu favor indicado no julgado embargado, sendo irrelevante a dimensão econômica deste.

O valor total do empréstimo tomado pela empresa da qual os Embargantes eram sócios já estava fixado no momento em que assumiram a fiança prestada em favor desta e renunciaram à possibilidade de exoneração da obrigação fidejussória, estando, portanto, dentro da previsibilidade da vontade então manifestada a responsabilidade pela integralidade desse valor, conforme explicitado no julgado embargado, e sendo, por conseguinte, irrelevante que a vigência do contrato tenha se prolongado e o recebimento de parcela do valor mutuado tenha ocorrido após

a saída deles da empresa, pois *as exceções indicadas no julgado embargado referem-se a situações em que o próprio ônus financeiro garantido pelos fiadores era-lhes desconhecido no momento da fiança, estando fora da previsibilidade inerente à sua manifestação de vontade*, pois referente a valores originados após o prazo normal desta ou de operações novas contraídas quando não mais eram eles sócios da empresa, o que, como já referido no julgado embargado, não é o caso em questão.

Restam, assim, sanadas as omissões do julgado embargado quanto às questões suscitadas nos embargos de declaração.

3. A controvérsia instalada nos presentes autos foi apreciada no âmbito desta Corte, tendo as Turmas de Direito Privado se manifestado, em precedentes julgados em datas bastante próximas, de forma diversa a respeito.

Os precedentes têm a seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE FIANÇA. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE. PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA. FIANÇA. AUSÊNCIA DE ANUÊNCIA. INEFICÁCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 83/STJ.

1.- “A cláusula que prevê prorrogação automática no contrato bancário não vincula o fiador, haja vista a interpretação restritiva que se deve dar às disposições relativas ao instituto da fiança” (AgRg no REsp 849.201/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 27.09.2011, DJe 05.10.2011).

2.- Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1411683/RS, Rel. Ministro *Sidnei Beneti*, Terceira Turma, julgado em 21.11.2013, DJe 09.12.2013)

FIANÇA EM CONTRATO BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. CONTRATO BANCÁRIO. CARACTERIZA-SE POR SER, EM REGRA, CATIVO E DE LONGA DURAÇÃO, PRORROGANDO-SE SUCESSIVAMENTE. FIANÇA PREVENDO, CLARA E EXPRESSAMENTE, SUA PRORROGAÇÃO, CASO OCORRA A DA AVENÇA PRINCIPAL. NULIDADE DA CLÁUSULA. INEXISTÊNCIA. FIADORES QUE, DURANTE O PRAZO DE PRORROGAÇÃO CONTRATUAL, NÃO PROMOVERAM NOTIFICAÇÃO RESILITÓRIA, NOS MOLDES DO DISPOSTO NO ART. 835 DO CC. PRETENSÃO DE EXONERAÇÃO DA FIANÇA. INVIABILIDADE.

1. A avença principal - garantida pela fiança - constitui contrato bancário que tem por característica ser, em regra, de longa duração, mantendo a paridade entre as partes contratantes, vigendo e renovando-se periodicamente por longo período - constituindo o tempo elemento nuclear dessa modalidade de negócio.

2. Não há falar em nulidade da disposição contratual que prevê prorrogação da fiança, pois não admitir interpretação extensiva significa tão somente que o fiador

responde, precisamente, por aquilo que declarou no instrumento da fiança - no caso, como incontroverso, se obrigou a manter-se como garante em caso de prorrogação da avença principal.

3. A simples e clara previsão de que em caso de prorrogação do contrato principal há a prorrogação automática da fiança não implica violação ao art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, cabendo, apenas, ser reconhecido o direito do fiador de, no período de prorrogação contratual, promover a notificação resilitória, nos moldes do disposto no art. 835 do Código Civil.

Recurso especial provido.

(REsp 1374836/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 03.10.2013, DJe 28.02.2014)

O acórdão da Quarta Turma, por mim relatado, por maioria - vencido o douto Ministro Marco Buzzi -, perfilhou o entendimento de que a avença principal - garantida pela fiança - constitui contrato bancário que tem por característica ser, em regra, de longa duração, mantendo a paridade entre as partes contratantes, vigendo e renovando-se periodicamente por longo período. Assim, não há falar em nulidade da disposição contratual que prevê prorrogação da fiança, pois não admitir interpretação extensiva significa tão somente que o fiador responde, precisamente, por aquilo que declarou no instrumento da fiança, pois no caso, como incontroverso, obrigou-se a manter-se como garante em caso de prorrogação da avença principal. Desse acórdão, foram interpostos embargos de divergência que, por ressentirem da confrontação analítica dos arestos entre os quais se alegou existir conflito de tese jurídica, por decisão unipessoal do ilustre Ministro João Otávio de Noronha, não foram admitidos.

O precedente da Terceira Turma está embasado em outros julgados do STJ, a patentear divergência *interna corporis*, seguindo-se, em síntese, a tese de que a cláusula que prevê a prorrogação automática não vincula o fiador, haja vista a interpretação restritiva que se deve dar às disposições relativas ao instituto da fiança.

Destarte, segundo entendo, em vista dos precedentes da Terceira Turma e à luz do que determina o art. 14, II, do RISTJ (“Art. 14. As Turmas remeterão os feitos de sua competência à Seção de que são integrantes: II - quando convier pronunciamento da Seção, em razão da relevância da questão, e para prevenir divergência entre as Turmas da mesma Seção”), convém o pronunciamento da Segunda Seção a fim de prevenir divergência entre as Turmas de Direito Privado.

4. No caso, é incontroverso que a avença principal não é relação contratual de consumo, pois cuida-se de mútuo mediante o qual a corré obteve capital de

giro para sua atividade empresarial (sendo certo que nem mesmo os recorrentes invocam o CDC).

É incontroverso, ademais, que a avença principal - garantida pela fiança - constitui contrato bancário que tem por característica ser, em regra, de adesão e de longa duração, mantendo a paridade entre as partes contratantes, vigendo e renovando-se periodicamente por longo período - constituindo o tempo elemento nuclear dessa modalidade de negócio:

A dinamicidade da vida de relação e as novas fronteiras e caminhos abertos na vida social trouxeram novos desafios para a teoria geral dos contratos.

[...]

Os contratos cativos de longa duração representam de modo mais intenso essas novas relações contratuais.

[...]

Outro ponto central dessa forma de contratação é o fator tempo, pois são contratos de execução protraída no tempo. E ainda, por fim, a característica de essencialidade de seu objeto no mundo atual.

[...]

Os contratos cativos de longa duração são contratos de adesão, uma nova geração de contratos de massa, tendo por objeto a prestação de serviços de essencialidade no mundo contemporâneo. *São exemplos desses contratos os contratos bancários, de seguro-saúde, de assistência médico-hospitalar, de previdência privada, de cartão de crédito, de transmissão de informações e lazer por cabo, telefone, televisão, computadores, assim como os conhecidos serviços públicos básicos, de fornecimento de água, luz e telefone.*

[...]

A longa duração dessa nova forma contratual demonstra que a execução do contrato prolonga-se por largo tempo, quem sabe por toda a existência daquele contratante que adere. Não são contratos de execução instantânea, e também não se confunde com contratos de execução diferida. São contratos que vigem ou se renovam periodicamente durante vários anos ou durante toda uma vida, dada a essencialidade de seu objeto.

[...]

Crédito, educação, saúde e informação fazem parte da vida cotidiana contemporânea... Em última análise, o objeto é representado pela prestação de serviços essenciais no mundo contemporâneo.

[...]

Assim, três características parecem ser essenciais nesse fenômeno contratual: a catividade, o tempo e o objeto contratual.

Juntos, catividade, tempo e essencialidade do objeto despertam o desafio de manter equilibrada a dinâmica da relação contratual.

Nesse passo, os contratos cativos de longa duração trazem consigo a junção das noções de tempo e de equilíbrio nas relações contratuais, sob a nota da catividade e da essencialidade de seu objeto.

O contrato se forma e se desenvolve para ser equilibrado, mantendo a paridade entre as partes contratantes. Nos contratos de execução diferida ou prolongada, que não se confundem com os contratos cativos de longa duração, já se encontram vários desafios para a manutenção do equilíbrio do contrato. *Nos contratos cativos de longa duração a nota do equilíbrio adquire especial relevância na medida em que o tempo é fator essencial dessa forma contratual, como lembra Lorenzetti.*

[...]

(MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 482-492)

Nessa toada, Luiz Alfredo Paulin leciona que a garantia constitui elemento essencial para a manutenção do equilíbrio contratual no mútuo bancário, pois, por meio de modelo científico, visando assegurar a integridade de seus ativos, reforçando o cumprimento da obrigação principal, as instituições financeiras são extremamente rigorosas ao analisar a viabilidade da concessão do crédito:

As instituições financeiras praticam operações de mútuo de forma profissional. Sendo assim, *visando assegurar a integridade de seus ativos, esses entes são extremamente rigorosos ao analisar a viabilidade de conceder um dado crédito. Um dos pontos fulcrais que é levado em conta, para tanto, é a garantia. As instituições financeiras têm várias instâncias ou órgãos incumbidos de deliberar quanto à garantia cabível em cada operação.*

[...]

Contudo, que fique bem claro: o trabalho é feito através de um modelo científico.

[...]

A garantia pessoal, por excelência é a fiança. Esta espécie de garantia é usual nos contratos de mútuo bancário, até pela relativa simplicidade de sua constituição. Em sendo a mutuária pessoa jurídica é praxe que a fiança seja concedida por seus administradores, seus controladores ou outra pessoa jurídica ligada.

[...]

Nos dias de hoje, não é possível imaginar a existência de atividade financeira, exceto se realizada de forma massificada.

[...]

Vale dizer: seria inadministrável, por exemplo, para uma instituição financeira que se dispusesse a trabalhar com crédito pessoal que, a cada empréstimo, procedesse a fase de pontuação e, alcançando-se um dado acordo, fosse obrigada a *gerenciar* uma carteira com milhares de contratos, cada um com cláusulas totalmente distintas. Isto posto, independentemente de qualquer crítica que possa ser feita em relação à prática das instituições financeiras *vis a vis* sua clientela, a verdade é que a estandarização das relações entre instituições financeiras e público é algo inexorável.

[...]

E como se pode ver, a situação jurídica conforma-se ao que a doutrina julga essencial para a existência do contrato de adesão, já que há uma oferta feita à coletividade, as condições de contratação são estabelecidas por uma das partes, é a instituição financeira que regula de modo exaustivo e de forma complexa a relação jurídica, há inequívoca preponderância de uma das partes e o bem oferecido (crédito) é sabidamente de utilidade inestimável. De se notar que a doutrina considera os contratos bancários geralmente como de adesão. *Constata-se que as questões relacionadas ao contrato de adesão foram reguladas pelo Código do Consumidor (Lei 8.078, de 11.09.1990). Este, por força de seu art. 54 estabeleceu o que deveria ser considerado um contrato de adesão. E, saliente-se, os contratos de mútuos bancários se encaixam perfeitamente nos lindes dados pelo dispositivo.*

[...]

8. Conclusões

Da matéria acima exposta, cabem as seguintes conclusões: [...]

g) O contrato de mútuo, entre eles o mútuo bancário, é real e unilateral. É real na medida em que se aperfeiçoa com a entrega da coisa. No mútuo bancário esta transferência, na maior parte das vezes, ocorre mediante o depósito dos recursos na conta corrente do mutuário, desde que avençado no instrumento respectivo.

[...]

m) *Reforça-se o cumprimento da obrigação principal por meio de garantias. Estas podem ser pessoais ou reais. A análise das garantias a serem exigidas é feita pela instituição.* Em se tratando de operações de certa importância, estas são submetidas ao comitê de crédito. [...]

o) *O mútuo bancário formaliza-se, normalmente, por intermédio de contratos de adesão.* (TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Coleção doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, vol. V, p. 1.155-1.164)

5. De fato, observada sempre a devida vênua, penso que o entendimento que - à exceção do citado precedente da Quarta Turma - vem sendo sufragado pela

jurisprudência do STJ mostra-se dissonante com a exegese pacificada no âmbito STJ - *antes mesmo da nova redação conferida ao art. 39 da Lei do Inquilinato pela Lei 12.112/2009* - no tocante à admissão da prorrogação da fiança em contrato de locação, quando expressamente prevista na pactuação acessória.

Nesse passo, é bem de ver que “a matéria relativa à fiança, uma das garantias locatícias, tem seu unificado regramento no Código Civil. Apenas a ela faz alusão a Lei n. 8.245/91 como uma das espécies de garantias possíveis na locação. Não se estabeleceu, porém, espécie nova ou própria de fiança”. (PELUSO, Cezar (coord.). *Código civil comentado*. 4 ed. Barueri: Manole, 2010, p. 850 e 851).

Destarte, ocorre que, à edição da Súmula 214/STJ, precederam muitos recursos em que o STJ necessitava julgar a legitimidade passiva *ad causam* do fiador em ações executivas ajuizadas pelos locadores, em face de inadimplência dos locatários ocorrida posteriormente ao termo originalmente pactuado.

Na verdade, buscava-se a responsabilização do fiador em contratos locatícios nos quais locador e locatário tinham pactuado reajustes, moratórias, enfim, pactos que resultavam na criação de nova obrigação, com característica de aditamento, sem a ciência e anuência do fiador.

A título ilustrativo, o seguinte precedente:

A jurisprudência assentada nesta Corte construiu o pensamento de que, devendo ser o contrato de fiança interpretado restritivamente, não se pode admitir a responsabilização do fiador por encargos locatícios acrescidos ao pactuado originalmente sem a sua anuência. (REsp 151.071/MG Rel. Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, julgado em 25/11/1997, DJ 19/12/1997)

O entendimento, consoante delineado no precedente exemplificativo, culminou com a edição da Súmula 214/STJ, publicada em 2/10/1998, assim enunciando: “O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu”.

Com o transcorrer do tempo, surgiu uma variedade dessa mesma controvérsia, que se avolumou posteriormente à edição da Súmula 214/STJ, a saber: a responsabilidade do fiador quanto aos débitos locatícios contraídos no período da prorrogação do contrato de locação, originalmente ajustado a prazo determinado.

Contudo, a fiança, para ser celebrada, exige forma escrita - pois é requisito para sua validade a manifestação expressa e forma documentada - para gerar o

dever obrigacional de garantir o contrato principal, não se prorrogando, salvo disposição em contrário.

É dentro desse contexto - falta de anuência expressa do fiador - que, mesmo nas hipóteses de prorrogação, passou a se adotar a Súmula 214/STJ como fundamento a fim de exonerar a responsabilidade do fiador dos débitos contraídos no período posterior ao prazo estabelecido no contrato para a locação.

O Superior Tribunal de Justiça, desde o advento do entendimento sumulado, associado ao princípio de que não cabe conferir interpretação extensiva a contratos benéficos, passou a aplicar a Súmula 214/STJ, exonerando o fiador quanto aos débitos locatícios produzidos na prorrogação da locação pactuada entre locador e locatário, sem a sua presença e à qual não anuiu.

A propósito:

LOCAÇÃO. FIANÇA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. PRORROGAÇÃO DO CONTRATO SEM ANUÊNCIA DOS FIADORES. ENTREGA DAS CHAVES. RENÚNCIA AO ART. 1.500 DO CÓDIGO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 214/STJ.

- A jurisprudência assentada nesta Corte construiu o pensamento de que, devendo ser o contrato de fiança interpretado restritivamente, não se pode admitir a responsabilização do fiador por encargos locatícios decorrentes de contrato de locação prorrogado sem a sua anuência, ainda que exista cláusula estendendo sua obrigação até a entrega das chaves e que tenha sido renunciado ao direito de exonerar-se da garantia. Precedentes.

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 401.481/MG, Rel. Ministro *Vicente Leal*, Sexta Turma, julgado em 16.4.2002, DJ 13.5.2002, p. 246)

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. LOCAÇÃO. RESCISÃO CONTRATUAL. PERMANÊNCIA DO LOCATÁRIO NO IMÓVEL LOCADO. EFEITOS DA FIANÇA. EXTINÇÃO. CONHECIMENTO.

1. Rescindido o contrato de locação, não subsiste o contrato de fiança, que lhe é acessório, ainda que o locatário permaneça no imóvel.

2. Tem prevalecido o entendimento neste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o contrato acessório de fiança deve ser interpretado de forma restritiva, vale dizer, a responsabilidade do fiador fica delimitada a encargos do pacto locatício originariamente estabelecido. A prorrogação do contrato sem a anuência dos fiadores, portanto, não os vincula. Irrelevante, acrescente-se, a existência de cláusula de duração da responsabilidade do fiador até a efetiva entrega das chaves.

3. "O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu." (Súmula do STJ, Enunciado nº 214).

Recurso conhecido.

(REsp 83.566/SP, Rel. Ministro *Hamilton Carvalho*, Sexta Turma, julgado em 4.10.2001, DJ 4.2.2002, p. 576)

Era unânime o consenso nesse sentido, ratificado pela Terceira Seção.

6. Todavia, a dinâmica natural da dialógica processual transforma continuamente a jurisprudência dos tribunais, renovando-se diante dos novos desafios sociais que, em forma de demandas judiciais, aportam ao Judiciário, não só inaugurando debates atinentes a novos direitos-deveres materiais, mas também revisitando questões de direito já conhecidas, cujo entendimento jurisprudencial, em decorrência da configuração de novos panoramas (seja de ordem legal, factual, seja argumentativa, entre outras possibilidades), reposiciona-se de forma mais amadurecida.

Com efeito, com o julgamento dos EREsp 566.633/CE, em 22 de novembro de 2006, tornou-se muito comum a referência a esse julgado como marco jurisprudencial no sentido de que este Superior Tribunal passou a admitir a prorrogação da fiança nos contratos locatícios, contanto que expressamente prevista no contrato (*v.g.*, a previsão de que a fiança subsistirá “até a entrega das chaves”).

Todavia, naquele julgamento, sob a relatoria do Ministro Paulo Medina, a Terceira Seção definiu: a) a responsabilização do fiador pelos débitos locatícios contraídos no período de prorrogação legal da locação, em face do art. 39 da Lei de Locação (em sua redação originária); b) a exegese do enunciado sumular n. 214/STJ; e c) a validade da cláusula de responsabilização do garante até a entrega das chaves.

O voto condutor parte pontuando a jurisprudência até então sedimentada:

Imprescindível frisar que esta Corte Superior possui inúmeros precedentes, no sentido de que o contrato de fiança deve ser interpretado restritivamente, pelo que é inadmissível a responsabilização do fiador por obrigações locativas resultantes de aditamentos do contrato de locação sem a anuência daquele, sendo irrelevante a existência de cláusula estendendo a obrigação fidejussória até a entrega das chaves.

Em seguida, conclui que, “[e]ntretanto, ao melhor apreciar a matéria e legislação correlata, convenci-me de forma contrária”.

Assim, o relator inicia a construção do seu raciocínio trabalhando o instituto da fiança:

A fiança é a promessa, feita por uma ou mais pessoas, de satisfazer a obrigação de um devedor, se este não a cumprir, assegurando ao credor o seu efetivo cumprimento.

Esse tipo de garantia tem como características a acessoriedade, a unilateralidade, a gratuidade e a subsidiariedade.

Ante suas características, e nos termos do Código Civil, tanto o revogado (art. 1.483) quanto o novo (art. 819), o contrato de fiança não admite interpretação extensiva.

Nestes termos, pode-se extrair que a fiança:

- a) é um contrato celebrado entre credor e fiador;
- b) é uma obrigação acessória à principal;
- c) pode ser estipulado em contrato diverso do garantido, como também inserido em uma de suas cláusulas, mas sem perder a sua acessoriedade;
- d) *não comporta interpretação extensiva, logo o fiador só responderá pelo que estiver expresso no instrumento de fiança, e,*
- e) extingue-se pela expiração do prazo determinado para sua vigência; ou, sendo por prazo indeterminado, quando assim convier ao fiador (art. 1.500 do CC revogado e 835 do novo CC); ou quando da extinção do contrato principal.

Apresentado o instituto da fiança, são introduzidos ao debate o disposto no art. 39 da Lei n. 8.245/1991, o teor do art. 1.500 do Código Civil de 1916 e do seu correspondente no Código Civil atual, art. 835; e desse diálogo propõe o relator o raciocínio jurídico a ser perseguido:

Ao transportar este instituto para a Lei de Locação, imprescindível que os artigos do referido Diploma Legal se adaptem aos princípios norteadores da fiança.

Ainda que o artigo 39 da Lei n.º 8.245/91 determine que “Salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel”, tal regramento deve se compatibilizar com o instituto da fiança, se esta for a garantia prestada.

Assim, a cada contrato de fiança firmado, diferentes conseqüências serão produzidas aos encargos do fiador.

Dessa forma, há que se fazer algumas considerações:

1º) se os fiadores concordaram em garantir a locação, **tão-somente, até o termo final do contrato locativo (prazo certo)**, não responderão pelos débitos advindos da sua prorrogação para prazo indeterminado;

2º) se os fiadores concordaram em garantir a locação até o termo final do contrato locativo (prazo certo) **e expressamente anuíram em estender a fiança**

até a entrega do imóvel nos casos de prorrogação do contrato locativo para prazo indeterminado, responderão pelos débitos daí advindos.

Entretanto, na segunda hipótese, ante o caráter gratuito da fiança e a indefinição temporal para a entrega do imóvel, eis que depende exclusivamente da vontade do locatário, a garantia deve ser entendida como sendo por prazo indeterminado, a possibilitar ao fiador a sua exoneração, nos termos do artigo 1.500 do Código Civil revogado, se o contrato tiver sido celebrado na sua vigência, ou do artigo 835 do Novo Código Civil, se o contrato foi acordado após a sua entrada em vigor.

Desse ponto, adere à sua fundamentação as lições de doutrinadores, como Waldir de Arruda Miranda Carneiro e Humberto Theodoro Júnior, resgatando o teor de alguns precedentes do STJ e, em seguida, adentra o caso concreto daqueles autos.

Destarte, analisando detidamente aquele precedente, tenho que, mesmo diante da redação originária do art. 39 a Lei de Locação, continuavam os fiadores responsáveis pelos débitos locatícios posteriores à prorrogação legal do contrato, se anuíram expressamente a essa possibilidade e não se exoneraram nas formas dos artigos 1.500 do CC/1916 ou 835 do CC/2002, a depender da data em que firmaram a avença.

A ementa do acórdão trouxe a conclusão de forma precisa:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. LOCAÇÃO. FIANÇA. PRORROGAÇÃO. CLÁUSULA DE GARANTIA ATÉ A EFETIVA ENTREGA DAS CHAVES.

Continuam os fiadores responsáveis pelos débitos locatícios posteriores à prorrogação legal do contrato *se anuíram expressamente a essa possibilidade e não se exoneraram nas formas dos artigos 1.500 do CC/16 ou 835 do CC/02*, a depender da época que firmaram a avença.

Embargos de divergência a que se dá provimento.

(REsp 566.633/CE, Rel. Ministro *Paulo Medina*, Terceira Seção, julgado em 22.11.2006, DJe 12.3.2008, grifo nosso).

7. Refletindo com profundidade sobre a questão, atento à natureza do contrato bancário - cativo e de longa duração que, por conseguinte, tem por característica o fato de renovar-se periodicamente -; e atentando para o fato de que a prorrogação do contrato principal, a par de ser circunstância expressamente prevista em cláusula contratual - previsível no panorama contratual -, tenho que a questão merece ser solucionada adotando-se a mesma diretriz conferida para fiança em contrato de locação, não havendo, por si só, falar em nulidade da disposição contratual.

Nessa toada, Carlos Fernando Mathias, em alusão à doutrina de Clóvis Beviláqua, leciona acerca do art. 819 do CC/2002, esclarecendo que não admitir interpretação extensiva significa tão somente que o fiador responde, precisamente, por aquilo que declarou no instrumento da fiança - no caso dos autos, como incontroverso, de fato, obrigou-se a se manter como garante em caso de prorrogação da avença principal:

E, prossegue o notável mestre, no particular da interpretação extensiva:

'A fiança não admite interpretação extensiva embora possa ser concebida em termos gerais e ilimitada (.).

[...]

*Não admitir interpretação extensiva quer dizer que o fiador não responde, senão, precisamente, por aquilo que declarou no instrumento da fiança. Em caso de dúvida a interpretação será a favor do que presta a fiança. A fiança dada ao capital não se estende aos juros; dada para uma parte da dívida, não se amplia ao resto; dada pelo aluguel de um prédio, não compreende a responsabilidade do inquilino, em caso de incêndio. *Non extenditur de re ad rem* (valha a tradução: não se estende de coisa para coisa, dizia o direito francês." (AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código civil comentado*. São Paulo: Atlas, vol. IX, 2004, p. 20)*

Na mesma linha, Carlos Roberto Gonçalves esclarece que a interpretação extensiva da fiança constitui em utilizar analogia para ampliar as obrigações do fiador ou a duração do contrato acessório, não o sendo a observância àquilo que foi expressamente declarado, sendo certo que as causas específicas legais de extinção da fiança são taxativas:

Trata-se de modalidade contratual de natureza *acessória*, porque só existe como garantia da obrigação de outrem, sendo muito frequente no mundo dos negócios, particularmente como adjeto à locação e a contratos bancários, juntamente com o aval.

[...]

Sendo contrato *benéfico*, a fiança "*não admite interpretação extensiva*" (CC, arts. 114 e 819, segunda parte). *Não se pode, assim, por analogia, ampliar as obrigações do fiador, quer no tocante à sua extensão, quer no concernente à sua duração. Não deve compreender senão o que for expressamente declarado como seu objeto.*

[...]

Desse modo, se a fiança é prestada sem que constem do instrumento as restrições, ter-se-á como dada em caráter universal, tornando o fiador co-responsável por todo e *qualquer* prejuízo causado pela a fiança.

[...]

A fiança extingue-se por causas terminativas próprias às obrigações em geral. Por ser contrato *accessório*, extingue-se em sobrevindo qualquer causa de extinção do débito principal por ela assegurado, salvo a hipótese do art. 824 do Código Civil.

[...]

Além das causas que extinguem os contratos em geral, a fiança extingue-se também por atos praticados pelo *credor*, especificados no art. 838 do Código Civil: a) *concessão de moratória* (dilação do prazo contratual) ao devedor, sem consentimento do fiador, ainda que solidário; b) *frustração da sub-rogação legal* do fiador nos direitos e preferências (por abrir mão de hipoteca, que também garantia a dívida, p. ex.); c) aceitação, em pagamento da dívida, de *dação em pagamento* feita pelo devedor, ainda que depois venha a perder o objeto por evicção, pois neste caso ocorre pagamento indireto, que extingue a própria obrigação principal.

[...]

A *enumeração legal é taxativa*. Assim, a fiança não desaparece com a falência ou a redução do aluguel ou partilha do prédio locado, *por exemplo*.

[...]

O Código Civil de 1916 liberava o fiador somente a partir da sentença, se o credor não anuísse desonerá-lo (art. 1500). **○ Código Civil de 2002, todavia, no art. 835, deu melhor solução à hipótese, liberando o fiador após o decurso do prazo de sessenta dias da notificação efetivada ao credor, sem a necessidade do ajuizamento da ação de exoneração...** (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 526-539)

Com efeito, como a fiança tem o propósito de transferir para o fiador o risco do inadimplemento, cumprindo dessa forma sua função de garantia, tendo o pacto, conforme reconhecido na própria causa de pedir da presente ação, previsto, em caso de prorrogação da avença principal, a sua prorrogação automática - sem que tenha havido notificação resilitória, novação, transação ou concessão de moratória -, não há falar em extinção da garantia pessoal.

Confirmam-se os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL - FIANÇA - PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA - AUSÊNCIA DE ANUÊNCIA EXPRESSA DOS GARANTES - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO.

(AgRg no AREsp 22.820/SP, Rel. Ministro *Massami Uyeda*, *Terceira Turma*, julgado em 20.11.2012, DJe 04.12.2012)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - CORRETA INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL - 1. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA - ACÓRDÃO HOSTILIZADO QUE ENFRETOU, DE MODO FUNDAMENTADO, TODOS OS ASPECTOS ESSENCIAIS À RESOLUÇÃO DA LIDE - 2. CONTRATO DE FIANÇA - CLÁUSULA DE PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA DE AJUSTE DE MÚTUO - INEFICÁCIA EM RELAÇÃO AOS GARANTES, QUANDO AUSENTE ANUÊNCIA EXPRESSA - AJUSTE QUE NÃO COMPORTA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA - PRECEDENTES DO STJ - 3.

AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(AgRg no Ag 1327423/SC, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 08.11.2011, DJe 21.11.2011)

É bem de ver que poderá o fiador, querendo, promover a notificação resilitória nos moldes do disposto no art. 835 do CC/2002.

Nesse sentido, confirmam-se excertos da abalizada doutrina:

Sequer comporta contestação o direito à exoneração, até porque a interpretação há de revelar-se sempre benéfica.

[...]

Embora forte corrente jurisprudencial inclinar-se pela validade da cláusula de renúncia de exoneração, a melhor exegese é a que não a aceita, pois, do contrário, constituiria um beco de saída para o fiador, condenando-o a manter-se preso ao contrato eternamente. (RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 534 e 535)

A indefinição sobre o instante da ocorrência, todavia, é o móvel da previsão de que possa ele se exonerar.

Por fim, também acesa a divergência sobre se é possível ao fiador renunciar ao direito de pedir a exoneração quando a lei o autorize. **Parece, porém, que admitir tal prerrogativa significa abrir caminho a uma indefinida vinculação do fiador, o que não se compadece com o sistema do direito obrigacional, que tende sempre a disponibilizar meio de o obrigado se desvincular. Seria como permitir que o contratante renunciasse ao direito de denunciar um contrato entabulado por prazo indeterminado.** Certo que a fiança é ajuste acessório e, por isso, de toda sorte um dia se extingue, quando cessa o contrato principal. Mas não se pode olvidar, tal como dito ao início, de que, se o contrato principal tem prazo pré-definido, a fiança, mesmo sem prazo, necessariamente se estende até o termo da obrigação afiançada. A questão, destarte, somente se coloca quando também a obrigação principal não tenha prazo definido, aí então *não se concebendo que o fiador possa, de antemão, dispor da potestativa prerrogativa de se liberar do vínculo fidejussório.* (PELUSO, Cezar (coord.). *Código civil comentado*. 4 ed. Barueri: Manole, 2010, p. 850 e 851)

8. No tocante à tese de que os recorrentes (fiadores) tinham participação acionária diminuta, e de que não foram indiretamente beneficiados pela avença principal, é bem de ver que não comporta nem mesmo apreciação, pois destoa do que foi apurado pelo Tribunal de origem.

Nesse sentido, confira-se o disposto no acórdão dos embargos de declaração:

A alegada diminuta participação societária (1,5% de suas ações) dos Embargantes na empresa tomadora do empréstimo objeto dos autos não está documentalmente provada nos autos e, ademais, não seria suficiente para desonerá-los da responsabilidade pela fiança prestada em relação a esse empréstimo, pois, ainda, assim, estaria presente o benefício indireto em seu favor indicado no julgado embargado, sendo irrelevante a dimensão econômica deste. (fl. 146)

Com efeito, no ponto, incide o óbice intransponível ao exame da tese recursal com base na Súmula 7/STJ.

9. Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.